

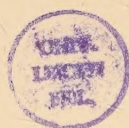
STRAFVEREITELUNG
DURCH
STRAFVERTEIDIGER

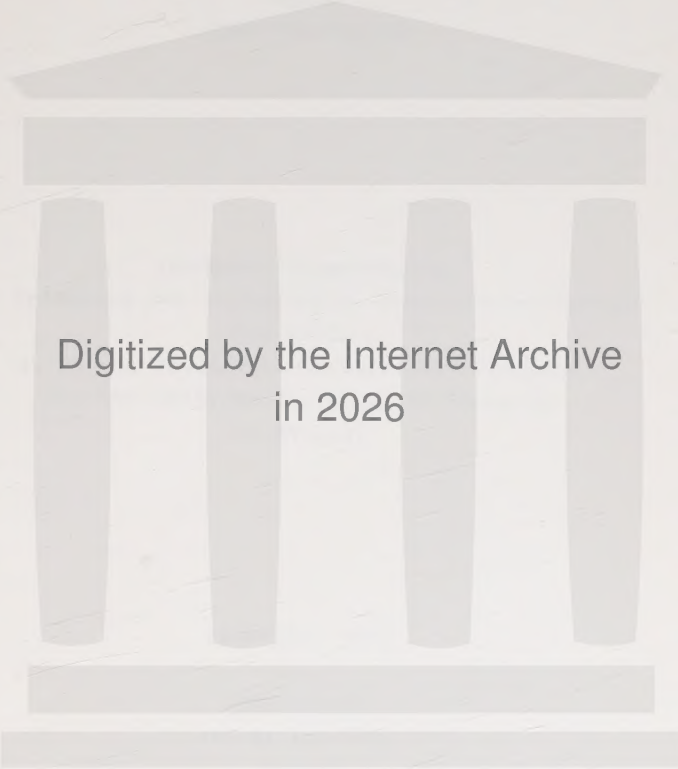
Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von:

Andrea Lamberti
Essen

1988





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554807_0002

STRAFVEREITELUNG
DURCH
STRAFVERTEIDIGER

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von:

Assessorin
Andrea Lamberti
Essen

1988

Erster Berichterstatter : Prof. Dr. Johannes Wessels
Zweiter Berichterstatter : Prof. Dr. Walter Stree
Dekan : Prof. Dr. Valentin Petev

Tag der mündlichen Prüfung : 08.12.1987

MEINEN ELTERN

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Einführung in die Problematik	1
<u>1. Kapitel:</u> Analyse der die Verteidigung betreffenden gesetzlichen Regeln	6
<u>1. Teil:</u> Gesetzliche Regeln als Grenzlinie zwischen legitimem und strafbarem Verteidigerhandeln	6
A. Der Tatbestand des § 258 Abs. 1 StGB	6
B. Das Prozeßrecht	8
I. Konzeption der Verteidigung innerhalb der Strafprozeßordnung, §§ 137-149 StPO	8
II. Tauglichkeit einzelner gesetzlicher Termini als allgemeine Abgrenzungskriterien	8
1. Gefährdung des Untersuchungszwecks, § 147 Abs. 2 StPO	8
2. Mißbrauch, §§ 138a Abs. 1 Nr. 2, 241 Abs. 1 StPO	9
3. Verfolgung verfahrensfremder Zwecke, § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO	13
4. Prozeßverschleppungsabsicht, §§ 26a Abs. 1 Nr. 3, 244 Abs. 3 S. 2, 245 Abs. 2 S. 3, 266 Abs. 3 S. 1 StPO	13
5. Strafvereitelung, § 138a Abs. 1 Nr. 3, 2. Alt. StPO	14

C. Das Ständesrecht	15
<u>2. Teil:</u> Auswirkungen der fehlenden gesetzlichen Bestimmtheit strafbaren Verteidigerhandelns	16
A. Der Grundsatz 'nullum crimen sine lege' und ausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht	18
B. Deliktssystematische Einordnung legalen Verteidigerhandelns - Untersuchung einzelner Aspekte für den Tatbestands- oder Rechtswidrigkeitsausschluß	20
I. Die Einheit der Rechtsordnung	21
II. Allgemeine Systematik und Dogmatik im Strafrecht	22
III. Rechtfertigungsgrund des berufsbedingten Verhaltens	24
IV. Die Lehre von der Sozialadäquanz	26
V. Die Auslegung	27
1. Grammatikalische Auslegung	27
2. Teleologische Auslegung	28
<u>2. Kapitel:</u> Analyse von Funktion, Aufgaben und Inhalt der Verteidigung	32
<u>1. Teil:</u> Funktion und Stellung der Verteidigung in Rechtsprechung und Literatur	33

	Seite
A. Der Verteidiger als Vertreter des Beschuldigten	33
B. Der Verteidiger als Beistand des Beschuldigten	36
C. Der Verteidiger als Organ der Rechtspflege	37
I. Unterschiedliches Verständnis des Organbegriffs innerhalb herrschender Lehre und Rechtsprechung	38
II. Kritik innerhalb der Literatur und Konsequenzen	39
D. Der Verteidiger als reiner Parteiinteressenvertreter	41
I. Der Verteidiger als Gegenmacht zum Staat	42
1. Gegenmachtthese iSe Systemüberwindung	42
2. Holtforts Theorie der sozialen Gegenmacht	43
3. Kritik an der Gegenmachtthese	44
II. Die Beschuldigtenautonomie als Grundlage für die Verteidigerstellung	48
1. Das Autonomieprinzip von Welp	48
2. Gesetzentwurf des Arbeitskreises Strafprozeßreform	49
3. Kritik an dem Autonomieprinzip	51
III. Einseitige Parteiinteressenvertretung als Ergebnis verfassungsrechtlicher Prinzipien	54

	Seite
1. Lösungsansatz von Wassmann und Rissel	54
2. Kritik an diesem Lösungsansatz	56
E. Resümee der dargestellten Theorien zur Funktion und Stellung der Verteidigung	57
<u>2. Teil:</u> Der Inhalt der Verteidigung - Bestimmung des Spektrums privater und öffentlicher Funktionen	60
A. Ziel und Zweck des Strafprozesses	62
B. Die private Funktion der Verteidigung	65
I. Pflicht zur sorgfältigen Interessenwahrnehmung	66
1. Aufklärung	67
2. Rechtsprüfung	67
3. Beratung und Belehrung	67
4. Äußerung und Fürsprache	69
5. Vertretung	70
II. Verschwiegenheitspflicht	70
III. Treuepflicht	72
C. Öffentliche Funktion der Verteidigung	73
D. Kollision der hinter diesen Funktionen stehenden Zielsetzungen	74

<u>3. Kapitel:</u>	Untersuchung der in Rechtsprechung und Literatur bereits vorhandenen Lösungsansätze zur Differenzierung zwischen legitimem und strafbarem Verteidigerhandeln	77
<u>1. Teil:</u>	Übergreifende Prinzipien zur allgemeinen Abgrenzung	78
A.	Extreme Positionen	78
I.	Eingeschränkte Verteidigerstellung	79
	1. Genereller Vorrang des öffentlichen Interesses	79
	2. Schuld des Mandanten als Abgrenzungskriterium	80
II.	Extensive Verteidigerstellung	81
	1. Genereller Vorrang der Beistandsfunktion	81
	2. Das materielle Recht als Grenzlinie	82
B.	Subjektiv orientierter Standpunkt	84
I.	Appell an die Ehre des Verteidigers	84
II.	Die Intention des Verteidigers als Abgrenzungskriterium	86
III.	Das 'Bewußtsein' als Grenzlinie	89
IV.	Der Solidarisierungseffekt	91
C.	Prozessual orientierter Standpunkt	95



I.	Prozeßordnungswidrigkeit als Grenzlinie	95
1.	Differenzierung zwischen prozeßordnungs- mäßigem und prozeßordnungs- widrigem Verteidigerhandeln	96
2.	Der prozeßordnungswidrig herbei- geführte Vereitelungserfolg als Grundlage für die Strafbarkeit	102
II.	Allgemeine Grundsätze des Prozeßrechts als Grenzlinie	104
1.	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	104
2.	Prinzip des fair trial	106
3.	Beschuldigtenrechte und Funktion der Dialektik im Strafprozeß	110
D.	Funktionstüchtigkeit und Effektivität der Rechtspflege als Abgrenzungskriterium	115
I.	Die Notwehrthese	115
II.	Die Argumentation des Bundes- verfassungsgerichts	117
III.	Die Kernbereichsthese	120
E.	Konkrete Art des Verteidigerhandelns als Abgrenzungskriterium	124
I.	Differenzierung zwischen geistig verbalem und aktivem Handeln	124
II.	Sieben Leitlinien für den Straf- verteidiger	127
III.	Normale alltägliche Verhaltensweisen als Maßstab für die legitime Verteidi- gung	128

1. Prinzip des risikoerhöhenden Sonderverhaltens	129
2. Verhältnis von Strafrecht und Sozialethik	134

<u>2. Teil</u> : Kasuistische Aufzählung von erlaubten und verbotenen Verhaltensweisen des Verteidigers	137
--	-----

<u>3. Teil</u> : Ergebnis der Untersuchung	139
--	-----

<u>4. Kapitel</u> : Eigener Lösungsansatz: Ordnungsprinzipien als Abgrenzungskriterien zwischen legalem und strafbarem Verteidigerhandeln	141
---	-----

<u>1. Teil</u> : Definition und Funktion der Ordnungs- prinzipien	142
--	-----

A. Ordnungsprinzipien als der Rechtsordnung zugrundeliegende Leit- und Rechtsgedanken	142
--	-----

B. Ordnungsprinzipien zur Versachlichung von Wertungen innerhalb des § 258 Abs. 1 StGB	146
---	-----

<u>2. Teil</u> : Objektivierung strafbaren Verteidigerhandelns durch die Aufstellung von acht Ordnungsprin- zipien	147
--	-----

A. Prinzip des gesetzlichen Verbots	147
-------------------------------------	-----

	Seite
B. Prinzip der Wesensgehaltsgarantie der Verteidigung	149
I. Ableitung des Prinzips	150
1. Verfassungsrang des Rechts auf einen Verteidiger	150
2. Definition der Wesensgehaltsgarantie	151
II. Der Wesensgehalt der Verteidigung	152
1. Auskunft	152
2. Beratung und Empfehlung	154
3. Gestaltung der Verteidigungskonzeption	158
C. Prinzip des mangelnden Zusammenhangs	160
I. Der 'Zusammenhang' als Voraussetzung für Eingriffsrechte	160
II. Fehlende soziale Sinnbeziehung zwischen Verteidigerhandlungen und dem Institut der Verteidigung	162
D. Prinzip der Subsidiarität strafrechtlicher Reglementierung des Verteidigers	165
I. Bedeutung und Anwendbarkeit des Prinzips	166
1. Ableitung aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	166
2. Bedeutung des Prinzips der Subsidiarität des Strafrechts	167
3. Anwendbarkeit im Hinblick auf Verteidigerverhalten	169

II.	'Mißbräuchliches' Verteidigerhandeln und taugliche Abwehrmechanismen außer- halb des Strafrechts	174
1.	Mißbrauch des Anwesenheitsrechts bei der richterlichen Vernehmung - § 168c Abs. 5 S. 2 StPO	175
2.	Mißbrauch des Akteneinsichtsrechts - § 147 Abs. 2 StPO	176
3.	Boykottmaßnahmen zur Verzögerung des Verfahrens - §§ 142, 143, 145, 228, 229 StPO, §§ 176, 177 GVG, § 150 BRAO	177
4.	Unbegründete Richter- oder Schöffren- ablehnung - §§ 26a Abs. 1, 29 Abs. 2, 31 StPO	181
5.	Mißbrauch des Fragerechts und des Kreuzverhörs - § 241 StPO	182
6.	Mißbrauch des Beweisantragsrechts - §§ 244, 245 StPO	185
7.	Mißbrauch des Erklärungsrechts - § 257 StPO	189
8.	Mißbrauch der Besetzungsrüge in der Revisionsinstanz - §§ 222a, 222b StPO	189
E.	Prinzip des Machtmißbrauchs zur Beeinträch- tigung der Entscheidungsfreiheit Dritter	192
I.	Verbot des Machtmißbrauchs zur Beein- trächtigung der Entscheidungsfreiheit Dritter innerhalb der Rechtsordnung	193
II.	Die Entscheidungsfreiheit der Ver- fahrensbeteiligten	195
1.	Beschuldigter, Mitbeschuldigter	196
2.	Zeuge	196
3.	Strafantragsberechtigter	197

	Seite
4. Anzeigewilliger	197
III. Möglichkeiten der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit dieser Personen	198
1. Rat und Bitte	198
2. List und Täuschung	199
3. Vorteilsgewährung	201
F. Prinzip der substantiellen Integrität der Entscheidungsgrundlage	204
I. Ableitung des Prinzips aus dem Grund- satz gegenseitigen Vertrauens	205
1. Der allgemeine Vertrauensgrundsatz in unserer Rechtsordnung	205
2. Vertrauensgrundsatz im Verhältnis Gericht/Verteidigung und die Inter- aktion im Strafprozeß	206
II. Tatsachen und Strengbeweismittel als Grundlage der richterlichen Über- zeugungsbildung	208
III. Substantielle Veränderungen der Urteils- findungsbasis	209
1. Einführen manipulierter Beweismittel als Entlastungsbeweis	211
2. Erfinden von Lügen für den Mandanten und Abstimmen falscher Aussagen unter Mitbeschuldigten	212
3. Einführen unwahrer Tatsachen aus eigenem Antrieb im Unterschied zum Zu-eigen-Machen der Lügen des Mandanten	213
G. Prinzip des freien Beurteilungsspielraums	217

	Seite
I. Behandlung von Stellungnahmen und Bewertungen im Strafrecht	217
II. Stellungnahmen und Bewertungen des Verteidigers als Grundlage der richterlichen Überzeugung	219
III. Bewertung der Sach- und Rechtslage durch den Verteidiger	221
1. Das 'falsche' Plädoyer	221
a) Falsche Würdigung der Beweismittel	221
b) Vertreten unrichtiger Rechtsansichten	222
2. Antrag auf Freispruch trotz Kenntnis von der Schuld des Angeklagten	223
3. Einlegen eines aussichtslosen Rechtsmittels	224
H. Prinzip der Risikosphäre der Justiz	226
I. Das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit innerhalb der Rechtsordnung	227
II. Verteidigerhandlungen, ermöglicht durch einen Verhaltensfehler der Justiz	228
1. Mitteilung des Bevorstehens strafprozessualer Zwangsmaßnahmen	228
a) nach Ausübung des Akteneinsichtsrechts	229
b) nach anderweitiger legal erlangter Kenntnis	233
c) nach illegal erlangter Kenntnis	233
2. Sog. unwahre Protokollrüge	234
3. Nichthindern einer erkannten Falschaussage	235

4. Ablehnung der Mitwirkung bei der Rekonstruktion in Verlust geratener Straf- oder Ermittlungsakten	237
<u>3. Teil:</u> Zusammenfassende Schlußbetrachtung	239
Literaturverzeichnis	242

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
a.F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt (zitiert nach Jahr und Seite)
AO	Abgabenordnung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts (zitiert nach Jahr und Seite)
ARs	Gerichtsstandsbestimmungen in Strafsachen, Auslieferungssachen
Art.	Artikel
ASJ	Arbeitskreis Sozialdemokratischer Juristen
AT	Allgemeiner Teil
Bd.	Band
BGBI	Bundesgesetzblatt
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT	Besonderer Teil
BT - Dr.	Drucksache des Deutschen Bundestages (zitiert nach Wahlperiode und Nummer)
DAR	Deutsches Autorecht (zitiert nach Jahr und Seite)
ders.	derselbe
Diss. jur.	Juristische Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)

DNotZ	Deutsche Notarzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
DR	Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DuR	Demokratie und Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
Einl.	Einleitung
f	folgende
ff	fortfolgende
FG	Festgabe
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GS	Gedächtnisschrift
HB	Handbuch
hM	herrschende Meinung
Hrgb.	Herausgeber
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
iSe	im Sinne eines/einer
JA	Juristische Arbeitsblätter (zitiert nach Jahr und Seite)
JR	Juristische Rundschau (zitiert nach Jahr und Seite)

Jura	Juristische Ausbildung (zitiert nach Jahr und Seite)
JuS	Juristische Schulung (zitiert nach Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz (zitiert nach Jahr und Seite)
KK	Karlsruher Kommentar, Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz (zitiert mit dem Namen des entsprechenden Bearbeiters)
Lb	Lehrbuch
Lehrkom.	Lehrkommentar
LH	Lehrheft
LK	Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch (zitiert mit dem Namen des entsprechenden Bearbeiters)
LR	Loewe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung (zitiert mit dem Namen des jeweiligen Bearbeiters)
MDH	Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz Kommentar (zitiert mit dem Namen des jeweiligen Bearbeiters)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
MRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
mwN	mit weiteren Nachweisen

Nachtragsbd.	Nachtragsband
nF	neuer Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
OLGSt	Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf- und Strafverfahrensrecht (zitiert nach § und Seite)
o.Vn.	ohne Vorname
Rdnr.	Randnummer
S/S	Schönke-Schröder, Kommentar zum Straf- gesetzbuch (zitiert mit dem Namen des jeweiligen Bearbeiters)
SK	Systematischer Kommentar zum Strafge- setzbuch (zitiert mit dem Namen des jeweiligen Bearbeiters)
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
StVRG	Gesetz zur Reform des Strafverfahrens- rechts
StrVert	Der Strafverteidiger (zitiert nach Jahr und Seite)
Tb	Teilband
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rund- schau für die Individualversicherung (zitiert nach Jahr und Seite)
Vorbem.	Vorbemerkung
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht (zitiert nach Jahr und Seite)

ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (zitiert nach Jahr und Seite)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechts- wissenschaft (zitiert nach Jahr und Seite)

EINFÜHRUNG IN DIE PROBLEMATIK

Während das Institut der Verteidigung in der Strafprozeßordnung nicht nur erlaubt, sondern sogar gefordert wird, §§ 137 ff StPO, insbes. § 140 StPO, beschreibt der Tatbestand der Strafvereitelung, § 258 Abs. 1 StGB, ein wissentliches zumindest teilweises oder vorübergehendes Vereiteln der Bestrafung (bzw. der Unterwerfung unter eine Maßnahme iSd § 11 I Nr. 8 StGB¹) eines Täters oder Teilnehmers einer Straftat, als strafbar.

Da der Schutz des Beschuldigten vor einer Verurteilung bzw. das Erzielen einer mildereren Bestrafung oder sonstiger für den Täter günstigeren Maßnahmen gerade die Verteidigung als solche ausmachen, wird die Tätigkeit des Verteidigers automatisch in den Wirkungsbereich des § 258 Abs. 1 StGB gerückt.

Das Problem der strafprozessualen Verteidigung im Verhältnis zur materiellrechtlichen Strafvereitelung ist bereits bei Konzipierung des Reichsstraf-

¹ Die Fälle des Vereitels von Maßnahmen scheinen - geht man vom Bild der veröffentlichten Rechtsprechung aus - in der Praxis eine untergeordnete Rolle zu spielen.

Auch in der Literatur steht die Diskussion der Vereitelung von Strafen für den schuldigen Angeklagten im Vordergrund.

Diese verkürzte Sicht des Phänomens 'Sanktionsvereitelung' ist bereits in der amtlichen Überschrift "Strafvereitelung" gesetzgeberisch angelegt.

Entsprechend soll auch hier für die folgende Untersuchung auf die Alternative der Vereitelung von Strafen für den schuldigen Angeklagten zurückgegriffen werden. Bei der Beurteilung des Verteidigerverhaltens als legal oder strafbar kann ein Unterschied zwischen dem Vereiteln von Strafe und dem Vereiteln von Maßnahmen nicht existieren.

gesetzbuches erkannt worden¹ und wird heute immer noch erörtert. Auch mit der Schaffung des Tatbestandes der Strafvereitelung durch das 2. StrRG vom 04.07.1969, der aus dem früheren Tatbestand der persönlichen Begünstigung, § 257 a.F. StGB, hervorgegangen ist, ist noch keine Lösung dieses Problems gefunden worden.

Im geltenden Recht fehlt bis heute eine einheitliche Konzeption von Verteidigung und Verteidigertätigkeit. Dieses Fehlen einer einheitlichen Konzeption läßt unterschiedliche Auslegungen bzgl. der Verteidigeraufgaben zu. So wird in der Literatur immer wieder auf die Gefahr hingewiesen, daß Einzeleinschätzungen bewußt oder unbewußt einer entsprechenden Norminterpretation zugrunde gelegt werden können,² bzw. sämtliche Verteidigerhandlungen einer Inhaltskontrolle durch das Gericht unterstellt werden können³.

Im Rahmen der seit jeher geführten Auseinandersetzung um Stellung und Aufgaben des Verteidigers, die sich in besonderen Verteidigerstrategien, Gegenmaßnahmen von Justiz und Gesetzgeber sowie in einer kontroversen Diskussion innerhalb der Literatur äußerte, besteht nur insofern Einigkeit, daß weder jede Verteidigertätigkeit erlaubt ist, noch jede Tätigkeit des Verteidigers eine Strafvereitelung darstellt. Während ersteres für den Verteidiger zwar eine befreiende Lösung wäre, würde die Rechts-

¹ vgl. Stenographische Berichte des Reichstages des Norddt. Bundes, Bd. II, S. 1173 ff

² vgl. Gatzweiler StrVert 1985, 248; Beulke Anm. zum Beschluß des BGH v. 16.5.1983 - 2 ARs 129/83 in: NStZ 1983, 504

³ vgl. Müller, I., Rechtsstaat S. 126

ordnung damit jedoch selbst zur Vereitelung der Strafverfolgung beitragen.¹ Ansonsten reichen die Auffassungen von einem eingeengten Dürfen des Verteidigers und dementsprechender Anwendung des § 258 Abs. 1 StGB bis hin zu der Ansicht, daß bei pflichtwidriger Aufgabenerfüllung durch den Verteidiger kein Platz für staatliche Sanktionen sei, sondern derartige Verteidigertätigkeiten ausschließlich der anwaltlichen Ehrengerichtbarkeit unterliegen sollten².

In jüngster Zeit sind die dem Verteidiger bei der Wahrnehmung der Rechte des Betroffenen gegebenen Möglichkeiten noch enger geworden.³ Die strafverfahrensrechtliche Antiterrorismusgesetzgebung seit 1974 hat Neuerungen geschaffen, mit denen der Gesetzgeber auf Mißbräuche der Strafverteidigung reagiert hat:

Um das Ausnutzen der Verteidigerstellung zum konspirativen Zusammenwirken mit Mandanten zu unterbinden⁴, wurde mit dem Ergänzungsgesetz zum 1. StVRG (Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts) vom 20.12.1974 die Möglichkeit des Verteidigerausschlusses zum ersten Mal gesetzlich normiert, nachdem das Bundesverfassungsgericht 1973 den bis dahin weitgehend gewohnheitsrechtlich für zulässig gehaltenen Verteidigerausschluß mangels gesetzlicher Grundlage für rechtswidrig erklärt hatte.⁵

¹ in diesem Sinne bereits Beling S. 150

² für letzteres Schneider in: Holtfort (Hrgb.), Interessenvertreter S. 26 (34)

³ so auch: Zuck NJW 1979, 1121 (1124); Hamm in: FS für Sarstedt S. 49 (50): Rieß NJW 1978, 2265

⁴ Bericht des Rechtsausschusses BT-Dr. 7/2989, 1974, BGBl I (1974), S. 3686

⁵ vgl. dazu BVerfGE 34, 293

Diesem Gesetz folgte das sog. Anti-Terrorismus-Gesetz vom 18.08.1976, das u.a. den Verteidigerausschluß in § 138a Abs. 4, Abs. 5 und § 138c Abs. 5 StPO ergänzte und präzisierete.¹

Schließlich folgten das sog. Kontaktsperregesetz vom 30.09.1977 und das Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung vom 14.04.1978, durch das u.a. der Komplex Verteidigerausschluß und -überwachung abschließend neu geordnet wurde.²

Im Ergebnis hatten alle Neuregelungen Einschränkungen der Verteidigerbefugnisse zur Folge und sind deshalb auch immer wieder auf Kritik gestoßen.³

Seitens der betroffenen Anwaltschaft wurde vor allem kritisiert, daß der Gesetzgeber seinen Blick hier nur auf das Fehlverhalten einiger weniger Verteidiger gerichtet habe, die darauf basierende Neuregelung aber die Integritätsvermutung für einen ganzen Berufsstand in Frage stelle.⁴

Jedoch ist die Problematik der Strafvereitelung nicht nur einseitig auf die Terroristenprozesse oder andere Prozesse mit politischem Bezug zugeschnitten. Aus einer von Rieß nach den Unterlagen des Bundesministers der Justiz aufgestellten Statistik für die Jahre 1975-1980 geht hervor, daß

¹ BGBl I (1976), S. 2181; Bericht des Rechtsausschusses BT-Dr. 7/5401

² Entwurf eines Strafverfahrensänderungsgesetzes 1979, BT-Dr. 8/976; Bericht des Rechtsausschusses BT-Dr. 8/1482, S. 11 ff

³ vgl. z.B. Hochschullehrer des Strafrechts, Erklärung zu den Beschränkungen der Verteidigung im Strafverfahren, KJ 1975, 303 f; Müller-Meinungen Jr. AnwBl 1978, 218; Müller-Dietz Jura 1979, 242 (243); Maul DRiZ 1977, 207; Deckers AnwBl 1981, 316 (317); Lampe JZ 1974, 697; Göddeke, Einschränkung S. 226 ff.; Waller DRiZ 1974, 177 (178 f.)

⁴ vgl. dazu Krekeler AnwBl 1979, 215; Zuck NJW 1979, 1124 f; Müller, I., Rechtsstaat S. 116 f.

sich über zwei Drittel der Ausschlußverfahren auf andere Strafverfahren bezogen, wobei die Strafvereitelung neben der Tatbeteiligung als Ausschlussgrund im Sinne des § 138a Abs. 1 StPO dominierte.¹

Mit § 138a Abs. 1 Nr. 3, 2. Alt existiert somit eine Vorschrift in der Strafprozeßordnung, für die die Frage, wo die Schranken legitimer Strafverteidigung zu ziehen sind, von größter Wichtigkeit ist. Denn eine Strafvereitelung, begangen von einem Strafverteidiger, hat nicht nur materiellrechtlich Konsequenzen für seine eigene Person, sondern ist rein prozessual auch für den von ihm vertretenen Beschuldigten bedeutend, da diesem gemäß § 138a StPO sein bisheriger Rechtsbeistand entzogen werden kann.

Auf den Verteidigungsmodus abstellend hat Gatzweiler daher auch zutreffend festgestellt: Je effizienter verteidigt wird, je besser also die Möglichkeiten der Verteidigung genutzt, Rechte ausgeschöpft und die Beistandspflicht mit dem Ziel, das angestrebte Prozeßergebnis zu erreichen, ernstgenommen werden, um so risikoreicher kann eine solche Verteidigung werden.²

Damit ist es geboten, den Begriff strafbaren Verteidigerhandelns so genau zu umgrenzen, daß Unsicherheit vermieden wird und die ständige Besorgnis des Verteidigers, sich strafbar zu machen, entfällt.

¹ vgl. dazu Rieß NStZ 1981, 328 f.

² Gatzweiler StrVert 1985, 248

1. KAPITEL: ANALYSE DER DIE VERTEIDIGUNG BETREFFEN-
DEN GESETZLICHEN REGELN

1. TEIL: GESETZLICHE REGELN ALS GRENZLINIE
ZWISCHEN LEGITIMEM UND STRAFBAREM
VERTEIDIGERHANDELN

A. Der Tatbestand des § 258 Abs. 1 StGB

Zur Beantwortung der Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen die legale Tätigkeit des Strafverteidigers in strafbare Strafvereitelung umschlägt, soll zunächst der Tatbestand des § 258 Abs. 1 StGB untersucht werden.

§ 258 Abs. 1 StGB verlangt als Tathandlung das gänzliche, teilweise oder zumindest vorübergehende Vereiteln einer Bestrafung oder einer Maßnahme im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB. Eine Einschränkung des Täterkreises sieht das Gesetz nicht vor. Die Strafvereitelung kann grundsätzlich von jedermann - also auch dem Verteidiger - verwirklicht werden.¹

Für eine Strafvereitelung durch einen Verteidiger ist jedoch nur Raum, wenn dieser in Kenntnis der durch seinen Mandanten begangenen rechtswidrigen Tat iSd § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB tätig wird. Wird er in Kenntnis der Unschuld seines Mandanten tätig,

¹ Die Erwägung von Peters, Strafprozeß § 29 V 10a, Anwälte und Verteidiger dem Personenkreis des § 258a StGB zu unterstellen, verdient keine Zustimmung. Rechtsanwälten und Verteidigern fehlt - dies ergibt sich aus der Legaldefinition des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB - die Amtsträgereigenschaft.

kommt - da § 258 Abs. 1 StGB ein bestehendes staatliches Sanktionsrecht voraussetzt - eine Strafvereitelung naturgemäß nicht in Betracht. Geht der Verteidiger allerdings bei einem unschuldigen Mandanten zu Unrecht von dessen Schuld aus, kann Strafbarkeit wegen eines untauglichen Versuchs in Betracht kommen.

Damit erfaßt der Tatbestand des § 258 Abs. 1 StGB zwar auch unzulässige Verteidigerhandlungen, läßt jedoch völlig offen, wann solche vorliegen.

Wenn demgegenüber in der Literatur vereinzelt vertreten wird, die Grenze des rechtlichen Dürfens ergebe sich direkt aus § 258 Abs. 1 StGB¹, so ist dieser Ansicht entgegenzuhalten, daß kein Vertreter dieser Auffassung auch nur annähernd anhand des Tatbestandes begründet, welches Verhalten des Verteidigers noch legitim und welches Verhalten bereits illegal ist.

Dem Wortlaut der Vorschrift ist jedenfalls unmittelbar kein geeignetes Abgrenzungskriterium zu entnehmen, bzgl. der gesuchten wirksamen Mißbrauchssperre ist er vielmehr ohne Konturen.² Umgekehrt kann prozessual zulässiges, wenn nicht sogar gebotenes Verteidigerhandeln keinesfalls eine rechtswidrige Strafvereitelung darstellen.

Das legt es nahe, die Frage nach den strafrechtlichen Grenzen des Verteidigerhandelns unter Rückgriff auf prozeßrechtliche Vorschriften über die Verteidigung zu konkretisieren.

¹ Holtfort in: Holtfort (Hrsgb.), Interessenvertreter S. 45; ders. KJ 1977, 313 (316); Heeb, Diss. jur. Tübingen 1973 S. 43, 51, 66; Römer in: FS für Schmidt-Leichner S. 133 (135); Knapp S. 90

² so auch Müller-Dietz Jura 1979, 242 (247); Beulke, Verteidiger S. 218 f; Haug, Diss. jur. Tübingen 1939 S. 49; Lüderssen in: FS für Sarstedt S. 149 (157); Böttke ZStW 1984, 726 (728)

B. Das Prozeßrecht

I. Konzeption der Verteidigung innerhalb der Strafprozeßordnung, §§ 137 - 149 StPO

Im 11. Abschnitt des 1. Buches der Strafprozeßordnung ist die Stellung des Verteidigers geregelt. § 137 Abs. 1 StPO spricht vom Beistand eines Verteidigers. Während jedoch in §§ 152, 160, 170 StPO für den Staatsanwalt und in § 244 Abs. 2 StPO für das Gericht einzelne Pflichten aufgestellt sind, existiert für den Verteidiger keine Norm, die seine Rechte und Pflichten näher umschreibt.

II. Tauglichkeit einzelner gesetzlicher Termini als allgemeine Abgrenzungskriterien

Die Strafprozeßordnung enthält allerdings im Zusammenhang mit der Verteidigung einige Termini, die unter dem Blickwinkel des § 258 Abs. 1 StGB auf ihre Tauglichkeit als allgemeine Abgrenzungskriterien untersucht werden können.

1. Gefährdung des Untersuchungszwecks, § 147 Abs. 2 StPO

§ 147 Abs. 2 StPO spricht im Zusammenhang mit dem Akteneinsichtsrecht des Verteidigers von einer Gefährdung des Untersuchungszwecks. Ist sie zu

befürchten, kann dem Verteidiger die Akteneinsicht verwehrt werden.

Wenn der Gesetzgeber also davon ausgeht, daß die Akteneinsicht in gewissen Fällen den Untersuchungszweck gefährden kann, und bei Bejahung einer derartigen Situation dem Verteidiger die Wahrnehmung dieses Rechts nicht zugesteht, so ist daraus zu folgern, daß der Verteidiger den Untersuchungszweck nicht gefährden darf.

Der Terminus "Gefährdung des Untersuchungszwecks" ist jedoch als generelle Grenzlinie zwischen legalen und illegalem Verteidigerhandeln nicht brauchbar. Dies nicht nur, weil er wenig aussagekräftig ist - bei der Gefährdung handelt es sich um einen wertausfüllungsbedürftigen Begriff - sondern vielmehr, weil die Tätigkeiten des Strafverteidigers sich häufig notwendigerweise als Erschwerung der Strafverfolgung auswirken.¹ Damit sind die Strafverfolgungsmaßnahmen inzidenter immer in irgendeiner Art und Weise durch die Einschaltung eines Verteidigers gefährdet, so z.B. bei der Erarbeitung einer gemeinsamen Verteidigungsstrategie durch die Verteidiger mehrerer Beschuldigter.²

2. Mißbrauch, §§ 138a Abs. 1 Nr. 2, 241 Abs. 1 StPO

Der Mißbrauch von Rechten ist auch im Strafprozeß verboten. Eine diesbezügliche Generalklausel existiert in der Strafprozeßordnung zwar nicht, aber der Grundsatz zeigt sich in den den Verteidiger betreffenden Regelungen.

¹ vgl. BGHSt 29, 99 (102); Rudolphi in: FS für Bruns S. 315 (334), beide im Zusammenhang mit der Verteidigung in Terroristenprozessen

² vgl. zu diesem Beispiel Rudolphi a.a.O.

Direkt vom Mißbrauch prozessual eingeräumter Rechte¹ sprechen § 241 Abs. 1 StPO, wonach dem Verteidiger bei Mißbrauch das in § 239 Abs. 1 StPO festgelegte Recht zum Kreuzverhör entzogen werden kann, und § 138a Abs. 1 Nr. 2 StPO, wonach dem Verteidiger bei Mißbrauch das Recht zum Besuch des inhaftierten Beschuldigten entzogen werden kann.

Eine allgemeine Definition dessen, was als Mißbrauch nicht mehr hinnehmbar sein soll, existiert nicht. In der Literatur wird das Mißbrauchsprinzip als allgemeiner Rechtsgedanke angesehen, der eine immanente Schranke aller Rechte darstellt.² Ein allgemeingültiger Ansatz für die Beantwortung der Frage, wann die Ausübung eines Rechts sich als mißbräuchlich darstellt, ist damit jedoch nicht geklärt.³

Da der Katalog denkbarer Störmanöver im Prozeß sehr groß ist, liegt natürlich bei der Verwendung des Begriffs "Mißbrauch" die Vermutung nahe, daß der Gesetzgeber nicht in der Lage war, den zu verhindernden Mißbrauch genau zu umschreiben und er diese Aufgabe und die damit verbundene Verantwortung insoweit auf die Richter übertragen wollte.⁴

§ 138a Abs. 1 Nr. 2 StPO gibt das von ihm als mißbräuchlich bezeichnete Verhalten selbst an, nämlich das Begehen von Straftaten und die Gefährdung der Sicherheit einer Vollzugsanstalt. Dem Begriff "Mißbrauch" kommt hier zwar keine eigenständige Bedeutung mehr zu,⁵ jedoch läßt sich ein Mißbrauch hier ohne zusätzliche Wertung ablesen. Dabei werden

¹ vgl. zum sog. dysfunktionalen Prozeßverhalten auch Rüping/Dornseifer JZ 1977, 417 (418)

² vgl. Naucke in: FS für Mayer S. 565 (571)

³ ders. a.a.O.

⁴ in diesem Sinne auch Weber, U. GA 1975, 289 (299)

⁵ so auch LR-Dünnebier § 138a Rdnr. 26; Groß NJW 1975, 422 (424), der in diesem Zusammenhang von einer Tautologie spricht

allerdings von allen denkbaren Störmanövern des Verteidigers nur zwei extreme Verhaltensweisen erfaßt.

Im Hinblick auf die Ausfüllung des Mißbrauchsbegriffes hilft auch § 241 StPO nicht weiter. Nach einschlägiger Kommentarliteratur wird hier zwar ein Mißbrauch angenommen, wenn der Verteidiger das Kreuzverhör zu "verfahrensfremden Zwecken" benutzt.¹ Dabei ergibt sich jedoch - wie Dünnebier bei einer Analyse des Begriffs "Mißbrauch" im Strafgesetzbuch richtig herausgefunden hat - daß hiermit immer die Zuordnung eines Tuns zu einem anderen Zweck als dem gemeint ist, der regelmäßig mit der Zuordnung verbunden ist,² also nichts anderes als der Begriff "verfahrensfremde Zwecke" besagt.³ Derartige Definitionen können hier nicht weiterhelfen.

U. Weber faßt den Begriff im "Prinzip vom institutionellen Rechtsmißbrauch" wie folgt zusammen: Mißbraucht wird ein Recht, wenn es nicht zu der vom Gesetz gewollten Interessenförderung, sondern zur Erreichung mißbilligenswerter Ziele ausgeübt wird.⁴ Für die Bejahung eines Rechtsmißbrauchs seien damit der Gesetzeszweck und der Zweck zu ermitteln, der mit der Ausübung einer bestimmten prozessualen Befugnis verfolgt werde.⁵

Das Wesen des Mißbrauchs ist damit hinreichend klar zu erfassen.⁶ Innerhalb der Rechtsprechung wird bei

¹ so LR-Gollwitzer § 241 Rdnr.2; ähnlich auch KK-Treier § 241 Rdnr.4; Kleinknecht/Meyer Einl. Rdnr. 111

² LR-Dünnebier § 138a Rdnr.26

³ so auch Dünnebier a.a.O.

⁴ Weber, U. GA 1975, 289 (295)

⁵ ders. a.a.O.

⁶ so auch Wagner Jus 1972, 315 (317)

der Bewertung von Prozeßhandlungen tatsächlich auch aufgrund solcher Überlegungen verfahren. Eine gleichmäßige und vorhersehbare Rechtsanwendung ist damit jedoch nicht gewährleistet.¹

Außerdem stellt sich im Hinblick auf das zu suchende Abgrenzungskriterium hier sofort die Frage, ob denn jeder Mißbrauch als Strafvereitelung zu beurteilen sein soll. So muß z.B. ein Mißbrauch des Rechts zum Kreuzverhör nicht gegen die Verwirklichung des staatlichen Sanktionsrechts gerichtet sein, wenn der Verteidiger sich einer gröblich verletzenden Ausdrucksweise bedient.²

Zur Ausfüllung des Mißbrauchbegriffs helfen auch in der Literatur benutzte Formeln, wie "Fehlverhalten von erheblichem Gewicht" und "Exzeß"³ nicht weiter, da so nur ein wertausfüllungsbedürftiger Begriff durch andere, die Frage der Grenzziehung offen lassende, ersetzt wird.⁴

Damit muß der in der Strafprozeßordnung verankerte Begriff des "Mißbrauchs" als allgemeines Abgrenzungskriterium mangels einer dem Gesetz zu entnehmenden Objektivierung abgelehnt werden. Da die Ausfüllung des Begriffs "Mißbrauch" gerade von den Personen - den Richtern - vorgenommen werden muß, die von der als Mißbrauch zu beurteilenden Verhaltensweise bei der Erfüllung ihrer Aufgaben betroffen sind,⁵ stellt die Übertragung der Verantwortung bzgl. der Bestimmung des Rechtsmißbrauchs vom Gesetzgeber auf die Justiz keine Lösung dar.

¹ in diesem Sinne auch Haffke NJW 1975, 808 (813); Weber, U. GA 1975, 289 (305)

² Derartiges Verhalten stellt jedoch nach LR-Gollwitzer § 241 Rdnr. 2 und Eb. Schmidt Lehrkom. II § 241 Rdnr. 3 einen Mißbrauch des Kreuzverhörs dar.

³ so z.B. Beulke, Verteidiger S. 231

⁴ zur Definition vgl. auch Weiss AnwBl 1981, 321

⁵ so auch Rudolphi ZRP 1976, 165 (172)

3. Verfolgung verfahrensfremder Zwecke, § 26a

Abs. 1 Nr. 3 StPO

Da, wie bereits ausgeführt, beiden Begriffen, dem "Mißbrauch" und der "Verfolgung verfahrensfremder Zwecke" der gleiche Inhalt zukommt, läßt sich mit derselben Begründung wie oben auch dieser Begriff nicht als allgemeines Abgrenzungskriterium zwischen legalem und illegalem Verteidigerhandeln heranziehen.

4. Prozeßverschleppungsabsicht, §§ 26a Abs. 1

Nr. 3, 244 Abs. 3 S. 2, 245 Abs. 2 S. 3, 266

Abs. 3 S. 1 StPO

Die Vorschriften, §§ 26a Abs. 1 Ziff. 3, 244 Abs. 3 S. 2, 245 Abs. 2 S. 3, 266 Abs. 3 S. 1 StPO, stellen in unterschiedlichen Zusammenhängen auf die Absicht der Prozeßverschleppung ab. Es handelt sich dabei um Richterablehnungs-, Beweis- und Unterbrechungsanträge, die abgelehnt bzw. verworfen werden dürfen, wenn sie zum Zweck der Prozeßverschleppung gestellt werden.

Maßgebend ist hier also die Absicht des Antragstellers.¹ Er muß sich der Unmöglichkeit bewußt sein, mittels des Antrages eine für ihn günstige Wende des Verfahrens herbeiführen zu können,² womit hier ein subjektives Kriterium entscheidend ist.

Den Nachweis der Motive des Antragstellers als Abgrenzungskriterium heranzuziehen, ist jedoch

¹ Kleinknecht/Meyer § 244 Rdnr. 69; KK-Herdegen § 244 Rdnr. 96; LR-Gollwitzer § 244 Rdnr. 187

² Kleinknecht/Meyer § 244 Rdnr. 68, § 26a Rdnr. 4, 245 Rdnr. 27; KK-Pfeiffer § 26a Rdnr. 4; KK-Herdegen § 245 Rdnr. 15, 244 Rdnr. 96; Roxin, Strafverfahrensrecht § 43 C II 1d

ebenso unbefriedigend, wie der Nachweis des Mißbrauchs. Denn die Überprüfung subjektiver Tendenzen und Gestaltung einer einheitlichen Linie ist noch schwieriger, da die Zielsetzung des Handelnden naturgemäß nicht offen zum Ausdruck gebracht wird, sondern das Gericht sie regelmäßig aus Indizien schließen muß bzw. für seine aus der Hauptverhandlung entstandene Überzeugung ausreichende Indiztatsachen darlegen muß.¹

5. Strafvereitelung, § 138a Abs. 1 Nr. 3,
2. Alt. StPO

Innerhalb der Ausschließungsgründe des § 138a Abs. 1 StPO ist auch die Strafvereitelung normiert. Da, wie bereits aufgezeigt, § 258 Abs. 1 StGB keine Antwort bzgl. der Abgrenzung zulässigen und unzulässigen Verteidigerhandelns gibt, beinhaltet der in § 138a Abs. 1 Nr. 3 enthaltene Terminus, der eine Zurückverweisung auf das materielle Strafrecht darstellt, einen Zirkelschluß² und ist als Grenzlinie nicht brauchbar.

Innerhalb der Strafprozeßordnung erfolgt zwar eine besondere Inpflichtnahme des Verteidigers - so ist es ihm z.B. verboten, den Strafprozeß unnötig zu verschleppen - jedoch kann aus der eher fragmentarischen Natur der Regeln innerhalb der Strafprozeßordnung kein klares Abrenzungskriterium gewonnen werden.

¹ vgl. Kleinknecht/Meyer § 244 Rdnr. 68; KK-Herdeggen § 244 Rdnr. 94; LR-Gollwitzer § 244 Rdnr. 186 zu den Voraussetzungen, aus denen die Verschleppungsabsicht nicht gefolgert werden kann; Gollwitzer JR 1980, 34 (35)

² so auch Beulke, Verteidiger S. 266 f

C. Das Standesrecht

Auch das Standesrecht bietet für sich allein keine genügende Grundlage für die hier zu untersuchende Konzeption der Verteidigung.

Zwar bezeichnet § 1 BRAO den Anwalt generell als "Organ der Rechtspflege" und enthält § 2 die Feststellung, daß der Anwaltsberuf zu den freien Berufen zählt, sowie § 3 den Wirkungskreis des Rechtsanwalts umschreibt. Außerdem hat die Bundesrechtsanwaltskammer die beruflichen Richtlinien gem. § 177 Abs. 2 Nr. 2 BRAO in den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts zusammengefaßt. Damit enthält das Standesrecht außer globalen Regeln auch gezielte Detailregelungen in bezug auf konkrete Verhaltensweisen, wie z.B. § 14, der die Bekanntgabe des Akteninhalts regelt, § 6, der die Befragung und Beratung von Zeugen regelt, sowie § 68 Abs. 1, der dem Verteidiger die Pflicht zur Wahrheit auferlegt.

Eine darauf gestützte Bestimmung erlaubten und verbotenen Verteidigerhandelns ließe jedoch außer acht, daß nicht jeder Verteidiger Rechtsanwalt ist.¹ Vielmehr eröffnet § 138 StPO die Möglichkeit, auch Rechtslehrer an deutschen Hochschulen, § 138 Abs. 1 StPO, oder andere Personen mit Genehmigung des Gerichts, § 138 Abs. 2 StPO, als Verteidiger zu wählen.

Gegen die Ableitung einer Grenzlinie aus der Bundesrechtsanwaltsordnung spricht außerdem, daß es sich um rein standesrechtliche Grundsätze handelt. Berufsordnungsrecht darf jedoch nur aus dem Pro-

¹ so auch Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 97; Strzyz S. 202; Beulke, Verteidiger S. 218; Ostendorf NJW 1978, 1345 (1346); Müller-Dietz Jura 1979, 242 (248); Arbeitskreis Strafprozeßreform S. 23

zeßrecht Folgerungen ziehen und kann nicht umgekehrt das allgemeine Recht, hier das Strafrecht und die Strafprozeßordnung, korrigieren bzw. Interpretation und Prinzipien zu ihm festlegen.¹

Damit existieren weder eine Norm noch ein als allgemeines Abgrenzungskriterium brauchbarer gesetzlicher Terminus, die dem Verteidiger Rechtssicherheit bieten können.

2. TEIL: AUSWIRKUNGEN DER FEHLENDEN GESETZLICHEN BESTIMMTHEIT STRAFBAREN VERTEIDIGERHAN- DELNS

Dieses Ergebnis des 1. Teils ist nicht nur für die Praxis der Verteidigung äußerst unbefriedigend, sondern wirft auch im Hinblick auf das hier zu suchende Abgrenzungskriterium Probleme auf.

Da § 258 Abs. 1 StGB selbst keine Richtlinie enthält, stellt sich zum einen die Frage nach seiner Vereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlichen Gebot gesetzlicher Bestimmtheit, Art. 103 Abs. 2 GG.

¹ so auch Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 96 f; Strzyz S. 203; Roxin, Strafverfahrensrecht § 19 A II; Arbeitskreis Strafprozeßreform S. 23 und S. 44; Lüderssen in: FS für Sarstedt S. 145 (157); Mehle in: FG für Peters S. 201 (204 f); Eschen StrVert 1981, 365 (369); i.d.S. ebenfalls Warburg Rdnr. 5

Überdies stellt sich die Frage nach der deliktssystematischen Einordnung legalen Verteidigerhandelns. Schließt legales Verteidigerhandeln den Tatbestand des § 258 Abs. 1 StGB von vornherein aus, oder stellt es einen Rechtfertigungsgrund im nicht kodifizierten Bereich - u.U. iSe Güterabwägung - dar?

Mit Beantwortung dieser Fragen werden die ersten Konturen für das zu suchende Abgrenzungskriterium festgelegt.

Erfaßt der Tatbestand des § 258 Abs. 1 StGB nämlich sämtliche Verteidigerhandlungen für einen schuldigen Mandanten - auch die legalen - so daß bei legaler Verteidigertätigkeit lediglich ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, genügt der gesetzliche Tatbestand den Bestimmtheitserfordernissen auf jeden Fall. Bei Aufstellen eines Erlaubnissatzes als Wertabwägung kann dann ein höheres Maß an Unbestimmtheit hingenommen werden.¹

Erfaßt der Tatbestand jedoch gerade nicht legale Verhaltensweisen, kann die Entscheidung, wann sie vorliegen, aber - wie hier - nicht dem Gesetz entnommen werden, gilt es einen objektiven Maßstab zur Fixierung strafbaren Verteidigerhandelns zu finden, denn die gesetzliche Unbestimmtheit kann nur dann hingenommen werden, wenn die in Bezug genommenen außergesetzlichen Maßstäbe, auf die der Richter sich dann stützen muß, insoweit eindeutig oder zumindest relativ eindeutig sind.²

¹ zur gesetzlichen Bestimmtheit vgl. Maurach/Zipf AT I § 8 Rdnr. 38; SK-Schreiber § 1 Rdnr. 11 ff

² vgl. Lenckner JuS 1968, 304 (308)

A. Der Grundsatz 'nullum crimen sine lege' und ausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht

Ist § 258 Abs. 1 StGB auch nicht völlig unbestimmt, so läßt er jedoch einen relativ weiten Bereich offen, in dem mangels anderweitiger gesetzlicher Regelungen nicht mehr der Gesetzgeber bestimmt, was Recht und Unrecht und damit straflos oder strafbar ist, sondern der Richter. Läuft die Entscheidung aber letztlich auf eine Eigenwertung des Richters hinaus, kann - da unterschiedliche Ergebnisse unvermeidbar sind - die Gleichheit vor dem Gesetz nicht mehr gewährleistet werden.¹ Bleibt jedoch aufgrund der Konturlosigkeit des Gesetzes die abschließende Wertung über eine Tat den Gerichten überlassen, kommt es dazu, daß die Grenzen zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit erst nach der Tat endgültig feststehen. Damit ist die Strafe als massivster staatlicher Eingriff in die Freiheit des einzelnen jedenfalls teilweise der Berechenbarkeit entzogen.²

Jedoch kann das Strafrecht - so auch die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts³ - nicht völlig darauf verzichten, allgemeine Begriffe zu verwenden, die vom Richter auszulegen sind und insoweit besondere Anforderungen in die ergänzenden Werturteile an ihn stellen. Derartige Begriffe sind aufgrund der Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte unentbehrlich. Eine restlose und eindeutige Erfassbarkeit

¹ zur Problematik ausfüllungsbedürftiger Begriffe im Gesetz vgl. auch Lenckner JuS 1968, 249 ff

² so zum Ganzen auch Lenckner JuS 1968, 249 (258)

³ vgl. BVerfGE 4, 352 (358); 11, 234 (237); 14, 245 (253); 26, 41 (42 f); 45, 363 (371 f)

sozialer Abläufe im Gesetz ist nicht mehr möglich.¹ Art. 103 Abs. 2 GG verlangt daher nur innerhalb eines bestimmten Rahmens eine gesetzliche Umschreibung der Strafbarkeit und schließt eine Zusammenfassung mehrerer Erscheinungsformen des Unrechts zu einem einzigen Unrechtstatbestand nicht aus.² Damit ist die Verwendung derartiger Begriffe in gewissen Grenzen legitim. Solange sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehen anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs oder aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen läßt, so daß jeder einzelne die Möglichkeit hat, das Verbot bestimmter Verhaltensweisen zu erkennen und die staatliche Reaktion vorauszusehen, ist die Verwendung von Allgemeinbegriffen unbedenklich.³ Sie wird aber spätestens dann verfassungswidrig, wenn diese Gesetzestchnik z.B. aufgrund der Möglichkeit weiterer Konkretisierung durch den Gesetzgeber vermeidbar wäre.⁴

¹ idS auch Lenckner JuS 1968, 249 (257); Badura Sonderausschuß für die Strafrechtsreform 1970/71, Protokoll vom 25.11.1970 S. 1095

² BVerfGE 26, 41 (43; 44)

³ BVerfGE 45, 363 (371 f); BVerfG NJW 1981, 1719

⁴ S/S-Eser § 1 Rdnr. 23

**B. Delikssystematische Einordnung legalen
Verteidigerhandelns - Untersuchung einzelner
Aspekte für den Tatbestands- oder Rechts-
widrigkeitsausschluß**

Wenn auch generell festgestellt werden kann, daß § 258 Abs. 1 StGB dem verfassungsrechtlichen Gebot gesetzlicher Bestimmtheit grundsätzlich genügt, so stellt sich jetzt die Frage nach dem Maß der Bestimmtheit, das von einem Abgrenzungskriterium zu verlangen ist.

Ist ein Abgrenzungskriterium ausreichend, das auf eine Güterabwägung im Einzelfall hinausläuft, oder gilt es, einen fest umrissenen objektiven Maßstab zu finden?

Die Beantwortung dieser Frage ist, wie eingangs bereits festgestellt, von der deliktssystematischen Einordnung des legalen Verteidigerhandelns abhängig. Nur wenn das legale Verteidigerhandeln einen Rechtfertigungsgrund darstellt, kann ein höheres Maß an Unsicherheit hingenommen werden und auf eine festumrissene Linie verzichtet werden.

In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, wie das legale Verteidigerhandeln einzuordnen ist, ob es bereits den Tatbestand des § 258 Abs. 1 StGB nicht erfüllt, oder aber, ob dieses Verhalten zwar tatbestandsmäßig ist, aber aufgrund der prozessualen Befugnisse des Verteidigers die Rechtswidrigkeit ausschließt. Während eine starke Mindermeinung jegliches Verteidigerhandeln als tatbestandsmäßig iSd § 258 Abs. 1 StGB bezeichnet¹, ist nach herr-

¹ Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1967 S. 72 f; Haferland, Diss. jur. Leipzig 1928 S. 30 f; Mehlich, Diss. jur. Berlin 1910 S. 20; Müller, I. StrVert 1981, 90 (96); Cüppers Anm. zum Urteil des BGH v. 20.5.1952 - 1 StR 748/52 in: NJW 1952, 895; Seibert JR 1951, 678 (679)

schender Meinung bei legalen Verhaltensweisen seitens des Verteidigers bereits der Unrechtstatbestand nicht erfüllt.¹ Dieser Meinungsstreit macht eine kritische Stellungnahme notwendig.

I. Die Einheit der Rechtsordnung

Als Argument für den Tatbestandsausschluß wird u.a. die Einheit der Rechtsordnung angeführt.²

Ostendorf stellt dabei auf die Normierung der Verteidigung und die Anordnung der Pflichtverteidigung in der Strafprozeßordnung ab. Es handele sich dabei um einen vom Prinzip der Einheit der Rechtsordnung verbotenen Widerspruch, die in der Strafprozeßordnung geforderte Tätigkeit in § 258 Abs. 1 StGB unter Strafe zu stellen.³

Dieses Argument für sich allein vermag nicht zu überzeugen. Das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung verbietet lediglich eine unterschiedliche Bewertung desselben Verhaltens durch das materielle und das prozessuale Recht.⁴ Ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen materiellem und prozessualem Recht

¹ LK-Ruß § 258 Rdnr. 19; SK-Samson § 258 Rdnr. 38; Lackner § 258 Anm. 2d; Dreher/Tröndle § 258 Rdnr. 7; Eb. Schmidt Lehrkom. Tb II Vorbem. 19 Vor § 137; Dahs HB Rdnr. 47; Preisendanz § 258 Anm. II 3c ee; Heinicke S. 472; Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 234 ff; Müller-Dietz Jura 1979, 242 (253); Ostendorf NJW 1978, 1345 (1346); Seier JuS 1981, 806 (808); Habscheid NJW 1962, 1985 (1990); Mehle Anm. zum Beschluß des KG vom 5.7. 1982 - 1 AR 460/82 - 4 ARs 46/82 in: NStZ 1983, 556 (557); Böttke Anm. zu Urteil des BGH vom 3.10. 1979 - 3 StE 264/79 in: JA 1980, 448; BGHSt 10, 393 (394)

² Ostendorf NJW 1978, 1345 (1348)

³ ders. a.a.O.

⁴ so auch Müller-Dietz Jura 1979, 242 (255)

kann danach jedoch grds. vorliegen. So gilt generell, daß ein bestimmtes Verhalten vom materiellen Recht als tatbestandsmäßig und vom Prozeßrecht als gerechtfertigt behandelt wird, z.B. § 223 StGB/ § 81a StPO, § 239 StGB/§ 127 StPO oder § 123 StGB/ §§ 102 ff StPO. Dies gilt auch im Verhältnis des Strafgesetzes zu anderen Gesetzen, wie der Strafvollzugsordnung, den Polizeigesetzen der Länder oder dem Gesetz über den unmittelbaren Zwang.¹ Damit vermag das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung für sich allein nicht den Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit zu begründen.

II. Allgemeine Systematik und Dogmatik im Strafrecht

Die Mindermeinung plädiert für die Prüfung innerhalb der Rechtswidrigkeit vor allem mit dem Argument, daß nur eine derartige Betrachtungsweise sich mit dem allgemeinen Verbrechensaufbau in Einklang bringen lasse.² Danach erfordert die Systematik des Strafrechts die unbedingte Trennung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit. Jeder Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit des Verteidigerhandelns bedeute eine systemwidrige Vorverlagerung der Rechtswidrigkeitsprüfung auf die Tatbestandsebene. Bei Feststellung des verbotenen Verteidigerhandelns im Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit sei dann kein Raum mehr für die innerhalb der eigentlichen Systematik folgende Prüfung der Rechtfertigung des Verhaltens durch Rechtfertigungsgründe.

¹ vgl. dazu S/S-Lenckner Vorbem. 84 Vor §§ 32 ff

² vgl. Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1967 S. 72; idS. auch Müller, I. StVert 1981, 90 (96)

Diese Argumentation überzeugt jedoch ebenfalls nicht. Sie läßt außer acht, daß das Strafrecht auch Normen kennt, die die Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal beinhalten, wie z.B. § 242 StGB mit der Absicht rechtswidriger Zueignung und § 263 StGB mit der Absicht rechtswidriger Bereicherung.¹ Sie beziehen sich auf einzelne Tatbestandsmerkmale und bewerten nicht das Handlungsunrecht als solches. Letzteres ist der Prüfung der Rechtswidrigkeit - der allgemeinen Systematik des Strafrechts entsprechend - vorbehalten.

Die Parallelsituation findet sich in § 258 Abs. 1 StGB. Zum einen stellt nicht jedes Verhalten, das gegen Normen der Strafprozeßordnung verstößt, gleichzeitig eine Strafvereitelung dar. So hat Müller-Dietz hier das treffende Beispiel des Kassiberschmuggels gebildet, wobei der Kassiber lediglich der Übermittlung von nicht mit dem Verfahren zusammenhängenden Informationen dient.² Ein derartiges Verhalten seitens des Verteidigers stellt u.U. einen Verstoß gegen die Anstaltsordnung dar, § 119 StPO, richtet sich jedoch nicht gegen das von § 258 Abs. 1 StGB geschützte Rechtsgut.³ Wenn damit der Verstoß gegen Normen der Strafprozeßordnung nicht notwendig eine Strafvereitelung darstellt, kann in anderen Fällen bei Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit auch nicht notwendig die Rechtswidrigkeit feststehen. Vielmehr können hier noch Rechtfertigungsgründe, wie z.B. § 34 StGB, das Verhalten des Verteidigers rechtfertigen. So etwa, wenn sein Handeln dem Zweck diene, eine der Ehefrau des Angeklagten drohende Lebensgefahr abzu-

¹ zutreffend dazu Müller-Dietz Jura 1979, 242 (255); ihm folgend Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 224

² Müller-Dietz a.a.O.

³ ders. a.a.O.

wenden.¹

Entgegen Müller² entscheiden damit hier nach wie vor Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit über Wert und Unwert der Handlung. Es handelt sich bei dem Tatbestandsausschluß durch legales Verteidigerhandeln also keineswegs um eine vorweggenommene Unrechtsbewertung.

Der Verweis auf die allgemeine Systematik ist damit kein Argument für den Rechtswidrigkeitsausschluß.

III. Rechtfertigungsgrund des berufsbedingten Verhaltens

Der Wortlaut des § 258 Abs. 1 StGB erfaßt genau das Verhalten des Verteidigers, ebenso wie §§ 239, 240, 123 StGB von ihrem Wortlaut her auf bestimmtes Verhalten der Ermittlungsbehörden, z.B. bei der Durchsuchung einer Wohnung, zutreffen. Die strafprozessualen Zwangsmaßnahmen erfüllen den Tatbestand des jeweiligen Strafgesetzes, sind aber im Rahmen der prozessualen Voraussetzungen gerechtfertigt.³

Daraus wird innerhalb der Mindermeinung für legales Verteidigerhandeln die Konsequenz gezogen, daß - wie bei anderen Berufsgruppen - alle Maßnahmen den objektiven Tatbestand erfüllen und die in der Strafprozeßordnung niedergelegten Befugnisse zur Rechtfertigung herangezogen werden sollen.⁴

¹ so zutreffend Müller-Dietz a.a.O.; ihm folgend Wassmann a.a.O.

² Müller, I. StrVert 1981, 90 (96)

³ vgl. S/S-Lenckner Vorbem. § 32 ff Rdnr. 83 f

⁴ vgl. Müller, I. StrVert 1981, 90 (96)

Diese Ansicht übersieht jedoch, daß die Strafprozeßordnung Richtern und Ermittlungsbehörden zwar Befugnisse einräumt, über Verteidigerbefugnisse jedoch keine konkreten Aussagen trifft. Während sich diese Betrachtungsweise bei gesetzlich verankerten Rechtfertigungsgründen anbietet, fehlt hier gerade ein Katalog solcher Erlaubnistatbestände.

Viel gewichtiger ist jedoch, daß bei dem Vergleich der benannten Berufsgruppen mit der Verteidigung Sinn und Zweck der Rechtfertigungsgründe übergangen werden. Die in der Strafprozeßordnung für Richter und Ermittlungsbehörden normierten Rechtfertigungsgründe sollen Ausnahmen rechtfertigen. Demgegenüber stellt erlaubtes Verteidigerhandeln als Bestandteil der Rechtspflege jedoch gerade keine Ausnahmesituation dar, sondern eine berufstypische Sachlage.¹

Rechtfertigungsgründe dagegen stellen sog. Erlaubnistatbestände dar, die das rechtsgutverletzende Verhalten nur ausnahmsweise gestatten.² Sie verhindern im Fall ihres Eingreifens, daß sich ein allgemeines Verbot zur Rechtspflicht konkretisiert, so daß der verwirklichte Unrechtstatbestand den ihm im Regelfall zukommenden Aussagewert verliert.³ Das gerechtfertigte Verhalten wird dann ausnahmsweise zur Erreichung anderer wertvoller Ziele von der Rechtsordnung gebilligt.⁴

Sinn und Zweck der Rechtfertigungsgründe verbieten damit eine Gleichsetzung der Verteidigertätigkeit mit den ausnahmsweise erlaubten strafprozessualen Zwangsmaßnahmen.

¹ idS auch Müller-Dietz Jura 1979, 242 (254)

² Jescheck AT § 31 I 2; Wessels AT § 8 I 1; S/S-Lenckner Vorbem. § 32 ff Rdnr. 4

³ Wessels AT § 8 I 1; Maurach/Zipf AT I § 25 II

⁴ Wessels a.a.O.

IV. Die Lehre von der Sozialadäquanz

Abstellend auf den sozialen Sinngehalt, läßt sich der Tatbestandsausschluß nach der Lehre von der Sozialadäquanz¹ mit treffenden Argumenten begründen.

Unter sozialer Adäquanz wird dabei der dem strafrechtlichen Tatbestand zugrunde liegende "Normal"-Zustand sozialer Handlungsfreiheit verstanden.² Danach scheiden solche Handlungen als Verletzungshandlungen aus, die sich völlig im Rahmen der normalen geschichtlich gewordenen Ordnung des Lebens bewegen.³

Die Lehre von der Sozialadäquanz ist allerdings nicht unbestritten. Ihr wird entgegengehalten, daß die Sozialadäquanz zum übergesetzlichen Merkmal aller Tatbestände durchschlagen kann, so daß der Umfang der Tatbestände in keinem Fall mehr gesetzlich bestimmt ist.⁴

Eine Erörterung des Streitstandes erübrigt sich jedoch, da der Lehre von der Sozialadäquanz das gleiche Problem immanent ist, um das sich die Ausführungen drehen, nämlich die Frage nach einem Tatbestands- oder Rechtswidrigkeitsausschluß.

Während Welzel, der die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund entwickelte, selbst auf den Tatbestandsausschluß umschwenkte⁵, ist es in der

¹ so z.B. Preisendanz § 258 Anm. II 3c ee; Eb. Schmidt Lehrkom. II Vorbem. 19 vor § 137

² Welzel Lb S. 57

³ ders. Lb S. 56; Jescheck AT § 25 IV

⁴ Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1967 S. 73; ebenfalls ablehnend Baumann/Weber AT § 15 III 1; S/S-Lenckner Vorbem. §§ 13 ff Rdnr. 70

⁵ Welzel Lb S. 55 ff

Literatur umstritten, inwieweit ein Tatbestandsausschluß in Betracht kommt, oder sich die mit der Sozialadäquanz zusammenhängenden Probleme auf andere Art lösen lassen.¹

Damit ist die Lehre von der Sozialadäquanz zur Lösung der hier vorliegenden Problematik nicht geeignet.²

V. Die Auslegung

1. Grammatikalische Auslegung

Ebenfalls als Argument für den Tatbestandsausschluß wird darauf verwiesen, daß sich Verteidigung und Strafvereitelung begrifflich absolut ausschließen.³ Obwohl von keinem der Vertreter dieser Argumentation näher ausgeführt, ist dies wohl als Versuch zu werten, den Sinn des Gesetzes und damit die dogmatische Einordnung aus dem Sprachsinne zu erschließen.

Eine derartige Auffassung bringt zwar das Unbehagen eines Rechtsanwalts zum Ausdruck, verkennt jedoch den Begriff des 'Vereitelns'. Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung gilt der Grundsatz, daß bei Fehlen jeglichen Hinweises für eine abweichende juristische Wortbedeutung - wie hier - der allge-

¹ vgl. z.B. Roeder S. 65 ff (94), der einen Schuld-
ausschließungsgrund annimmt; zum Streitstand ins-
gesamt vgl. S/S-Lenckner Vorbem. §§ 13 ff Rdnr.
68; LK-Jescheck Vor § 32 Rdnr. 45; Dreher/Tröndle
Vor § 32 Rdnr. 12

² im Ergebnis ebenfalls ablehnend Müller-Dietz Jura
1979, 242 (253); Wassmann, Diss. jur. Hamburg
1982 S. 221 f

³ vgl. Dahs HB Rdnr. 47; Habscheid NJW 1962, 1985
(1990); idS auch OLG Hamm DAR 1960, 19; Klein-
knecht/Meyer § 138a Rdnr. 15

meine Sprachgebrauch maßgebend ist.¹

Die Verteidigertätigkeit bei tatsächlicher Täterschaft des Angeklagten ist jedoch entweder auf das mildeste Urteil, auf Freispruch trotz Täterschaft oder sonstige für den Täter günstige Maßnahmen - wie z.B. die Einstellung des Verfahrens - ausgerichtet. Damit besteht die Tätigkeit eines Verteidigers immer in einem 'Hindern', 'Behindern' oder aber 'Erschweren' der Strafverfolgung und erfüllt dem Wortsinn nach auf jeden Fall das Merkmal des 'Vereiteln'.

Auch die grammatikalische Auslegung ist damit keine taugliche Begründung für die deliktssystematische Einordnung.

2. Teleologische Auslegung

Da die grammatikalische Auslegung nicht weitergeholfen hat, soll hier die teleologische Auslegungsmethode, auf der das eigentliche Schwergewicht der Auslegung liegt, herangezogen werden. Dabei ist nach der besonderen Schutzfunktion des Gesetzes unter Berücksichtigung der Wertentscheidungen der Verfassung zu fragen.² Das Schwergewicht fällt dabei dem durch das betreffende Gesetz geschützten Rechtsgut zu.³

Bzgl. des Rechtsguts besteht hier jedoch die Besonderheit, daß § 258 Abs. 1 StGB keine fest umrissene Größe im herkömmlichen Sinn enthält. Nach

¹ Jescheck AT § 17 IV 1a

² vgl. dazu BVerfGE 11, 126 (130); BGHSt 17, 21 (23); Jescheck AT § 17 IV

³ Maurach/Zipf AT I § 9 Rdnr. 21; idS auch Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 225 ff., der ebenfalls hier die teleologische Auslegung anwendet

herrschender Meinung wird hier zwar die staatliche Rechtspflege in ihrer Aufgabe, den Täter einer rechtswidrigen Tat zu bestrafen oder einer Maßnahme zu unterwerfen, geschützt,¹ gleichzeitig genießt jedoch auch das Institut der Verteidigung den Schutz der Rechtsordnung. Damit kann das Rechtsgut des § 258 Abs. 1 StGB nur unter dem Gesichtspunkt dieser Verschränkung von Strafverfolgungsinteressen und Verteidigung gesehen werden.

Es ist anerkannt, daß die staatliche Strafrechtspflege nicht immer und überall den Schutz des Strafrechts genießt². So spricht Wessels bei den Voraussetzungen des § 258 Abs. 1 StGB von einem sachlich begründeten Ahndungsrecht,³ während Ostendorf das Sanktionsrecht auf die Durchsetzbarkeit nach den Verfahrensgrundsätzen beschränkt⁴ und Wassmann auf ein im Einklang mit dem Verfahrensrecht durchsetzbares materiellrechtliches Sanktionsrecht abstellt⁵. Damit wird deutlich, daß das staatliche Sanktionsrecht nicht absolut besteht, sondern nur unter Beachtung rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze. Zu gerade diesen Verfahrensgrundsätzen zählt die Verteidigung. Somit kann sie das Sanktionsrecht des Staates nicht berühren iSd § 258 Abs. 1 StGB, da sie Teil des justizförmigen

¹ vgl. Wessels BT-1 § 16 III 1; S/S-Stree § 258 Rdnr. 1; Dreher/Tröndle Vor § 257 Rdnr. 2; Lackner § 258 Amm. 1; Blei BT § 109 II; Stree JuS 1976, 137 (139); Müller-Dietz Jura 1979, 242 (244); Rudolphi JuS 1979, 859 (861); Ostendorf NJW 1978, 1345 (1346),

² vgl. Wessels BT-1 § 16 III 1; Rudolphi JuS 1979, 859 (861); Arzt/Weber LH 4 Rdnr. 247; Seier JuS 1981, 806 (808); Ostendorf NJW 1978, 1345 (1346); Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 235

³ Wessels BT-1 § 16 III 1

⁴ Ostendorf NJW 1978, 1345 (1346)

⁵ Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 235

Verfahrens ist und dieses Sanktionsrecht somit von vornherein beschränkt.¹ § 258 Abs. 1 StGB kann damit nicht der Erhaltung deutlich abgrenzbarer Rechtsgüter, wie z.B. Leben oder Eigentum, um jeden Preis dienen. Während dort die seltenen Fälle, in denen es gestattet ist, diese Rechtsgüter zu tangieren, durch Rechtfertigungsgründe aufgefangen werden, so daß sich aus dem Zusammenspiel Rechtsgut der Norm/Erlaubnissatz das fehlende strafrechtliche Unrecht ergibt, bewährt sich eine derartige Regel/Ausnahme-Technik bei § 258 Abs. 1 StGB - wie bereits erörtert² - nicht.

Der Gesetzgeber hat das justizförmige Verfahren in der Erkenntnis normiert, daß eine in dem damit abgesteckten Rahmen erfolgende Verteidigung durchaus dazu führen kann, daß ein Schuldiger freigesprochen wird. Die Grenzen des Schutzes der Unschuld sind hier bewußt weit gezogen worden.³ Ein durch das justizförmige Verfahren eingeschränktes Sanktionsrecht des Staates als Schutzgut des § 258 Abs. 1 StGB macht damit jedoch deutlich, daß zulässige Verteidigung nicht den Tatbestand der Strafvereitelung erfüllen kann. Legale Verteidigung ist Bestandteil der justizförmigen Strafverfolgung und kann dem Schutzzweck der Norm nicht zuwiderlaufen.

Nach dem Sinn und Zweck des § 258 Abs. 1 StGB kann die legale Verteidigung kein tatbestandsmäßiges Handeln i.S.d. § 258 Abs. 1 StGB darstellen.

¹ vgl. Ostendorf NJW 1978, 1345 (1346); ihm zustimmend Mehle Amm. zum Beschluß des KG v. 5.7.1982, 1 AR 460/82 - 4 ARs 46/82 in: NSTz 1983, 557 und allgemein zum Tatbestandsausschluß wegen Haftungsbegrenzung durch den Schutzzweck der Norm vgl. Sax JZ 1976, 9 ff.

² vgl. oben Punkt III

³ vgl. Rudolphi in: FS für Bruns S. 315 (334 f); Eb. Schmidt Lehrkom. II Vor § 137 Rdnr. 6

Damit sind die ersten Konturen für das zu suchende Abgrenzungskriterium festgelegt. Es gilt, innerhalb des Tatbestandes feste Konturen für strafbares Verteidigerhandeln zu finden. Das zu suchende Abgrenzungskriterium darf nicht in einer allgemeinen Güterabwägung bestehen, sondern muß wesentlich präziser festgelegt werden.

Auf der Suche nach einem derartigen Abgrenzungskriterium soll dabei zunächst auf allgemeine Grundsätze über Wesen, Funktion und Aufgaben der Verteidigung zurückgegriffen werden.

2. KAPITEL : ANALYSE VON FUNKTION, AUFGABEN UND INHALT DER VERTEIDIGUNG

Die Konturenlosigkeit des § 258 Abs. 1 StGB und die fragmentarische Regelung der Verteidigung innerhalb der Strafprozeßordnung machen es nunmehr erforderlich, die Stellung des Verteidigers und seine Befugnisse zu untersuchen, um von daher evtl. ein übergreifendes Prinzip zur Differenzierung legalen und strafbaren Verteidigerhandelns zu entwickeln. Denn erst wenn diese grundlegenden Probleme im Rahmen der Verteidigung gelöst sind und dem Institut der Verteidigung der notwendige Inhalt beigegeben ist, kann versucht werden, eine Grenze zwischen strafbarem und legalem Verteidigerhandeln zu ziehen.

Dabei soll zunächst das seit Bestehen der Strafprozeßordnung in Rechtsprechung und Lehre entwickelte und vielumstrittene Bild der Verteidigerstellung¹ untersucht werden.

Ergibt die Untersuchung, daß der Verteidiger eher Parteiinteressenvertreter ist, oder aber eher in die Strafrechtspflege eingebunden ist, wird zum einen sein Aufgabenbereich daran auszurichten sein, zum anderen wird der Raum legalen Verteidigerhandelns im ersten Fall weiter, im zweiten Fall enger zu fassen sein.

¹ vgl. dazu die bereits 1931 von Alexander vorgenommene Zusammenfassung, Die Stellung des Verteidigers, in: ZStW 1931, 54

1. TEIL: FUNKTION UND STELLUNG DER VERTEIDIGUNG IN RECHTSPRECHUNG UND LITERATUR

Bereits der erste Blick auf die dem Anwalt durch Gesetz, Rechtsprechung und Literatur zugewiesenen Funktionen eines "unabhängigen Organs der Rechtspflege" (vgl. § 1 BRAO), eines "berufenen unabhängigen Beraters und Vertreters in allen Rechtsangelegenheiten" (vgl. § 3 Abs. 1 BRAO) sowie eines "Beschuldigtenbeistandes" (vgl. § 137 Abs. 1 StPO) zeigt, daß keine von ihnen hinreichend abgegrenzt und bestimmt ist. Keine Funktionsbeschreibung läßt sich ohne weiteres in konkrete Tätigkeitsanweisungen oder Grenzen umsetzen, die den Bereich des Verbotenen oder Erlaubten abstecken können.

Kann aus der Befürwortung der einen oder anderen Funktion des Verteidigers auch noch keine präzise Differenzierung legalen und strafbaren Verteidigerhandelns vorgenommen werden, so wird doch zumindest eine entsprechende Entscheidung über die Reichweite seiner Befugnisse getroffen.

A. Der Verteidiger als Vertreter des Beschuldigten

Von einer Mindermeinung in der Literatur - hauptsächlich der älteren - wird der Strafverteidiger ebenso wie der Anwalt im Zivilverfahren als Vertreter des Beschuldigten bezeichnet.¹

¹ Geyer S. 433; von Kries S. 117; von Hippel S. 291; in der neueren Literatur: Spendel JZ 1959, 737 (741); Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1967 S. 16 ff (19)

Während die Vertreterstellung für den Anwalt im Zivilprozeß unbestritten gilt,¹ wird sie für den Strafverteidiger heute ganz überwiegend abgelehnt².

Das entscheidende Argument gegen die Vertretertheorie ist ihre Unvereinbarkeit mit der Strafprozeßordnung. Hier zeigen etliche Normen - wie z.B. §§ 230 ff, nach denen eine Vertretung des Angeklagten in der Hauptverhandlung nahezu völlig ausgeschlossen ist, und § 136, wonach eine Stellungnahme des Verteidigers niemals die persönliche Vernehmung des Beschuldigten bzgl. der ihm zur Last gelegten Tat ersetzen kann - gerade das Fehlen der Vertretungsmacht.³ Im Regelfall kann nämlich der Verteidiger gerade nicht, weder im Ermittlungsverfahren noch in der Hauptverhandlung, an die Stelle des Beschuldigten treten. Außerdem normieren §§ 147, 239 und 240 Abs. 2 S. 1 StPO für den Verteidiger eigene, nur ihm zustehende Rechte und manifestieren damit die fehlende Vertreterstellung.

Das dagegen gerichtete Argument der Anhänger der Vertretertheorie, auch im Zivilprozeß seien Rechte des Mandanten und des Prozeßbevollmächtigten nicht immer deckungsgleich, da bei der Parteivernehmung,

¹ Hartmann in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann Übers. § 78 Anm. 2A und B; Thomas/Putzo Vorbem. § 78 Anm. I, 1 und 2; Zöllner-Vollkommer Vor. § 78 Anm. II

² LR-Dünnebier Vor § 137 Rdnr. 4 und 5; Klein-knecht/Meyer Vor § 137 Rdnr. 1 ff und Einl. Rdnr. 80 ff; KK-Laufhütte Vor § 137 Rdnr. 2 und 3; Roxin, Strafverfahrensrecht § 19 A II 3a; Heinicke S. 200; Beulke, Verteidiger S. 163; Jolmes S. 60

³ LR-Dünnebier Vor § 137 Rdnr. 4; Roxin, Strafverfahrensrecht § 19 A II 3a; Beulke, Verteidiger S. 163 u. S. 183; Jolmes S. 60; Dahs HB Rdnr. 13; RGSt 18, 138 (141); 44, 284 (285)

§ 445 ZPO, eine Vertretung nicht stattfinden könne,¹ geht fehl.

Der entscheidende Unterschied zwischen dem Auftreten des Anwalts im Zivil- und im Strafprozeß liegt darin, daß sein Handeln im Zivilprozeß bei einem Widerspruch seines Mandanten vor Abgabe der Erklärung nicht wirksam ist, während im Strafprozeß Handlungen des Verteidigers zugunsten seines Mandanten trotz dessen zuvor erfolgten Widerspruchs wirksam bleiben.² So kann der Verteidiger zur Entlastung des Angeklagten gegen dessen Willen Beweisangebote auf Zeugenvernehmung und auf Untersuchung des Angeklagten auf seinen psychischen Zustand stellen.³

Damit ist die Argumentation der Vertretertheorie nicht überzeugend, so daß sich aus diesem Grund die Funktion des Verteidigers nicht nur in einer privaten Interessenwahrnehmung erschöpft.

¹ so Spendel JZ 1959, 737 (741); Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1967 S. 20; Geyer S. 433; von Hippel S. 291

² vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht § 19 A II 3a; Beulke, Verteidiger S. 184; Peters, Strafprozeß § 29 II; Jolmes S. 60 f

³ vgl. dazu Peters a.a.O.

B. Der Verteidiger als Beistand des Beschuldigten

Die herrschende Lehre und die Rechtsprechung gehen aus den oben gezeigten Gründen und unter Bezugnahme auf die Formulierung in § 137 StPO, der vom "Beistand eines Verteidigers" spricht, von einer Beistandsstellung des Verteidigers aus.¹

Verstärkt durch zahlreiche Vorschriften in der Strafprozeßordnung, nach denen dem Verteidiger im Hinblick auf den Beschuldigten zwar eine Helferefunktion zukommt, seine Rechte jedoch teilweise weiter sind als die seines Mandanten und außerdem nicht streng an diese angeknüpft sind, z.B. §§ 147 Abs. 1 und 239 StPO, ist der Ausgangspunkt der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung sachgerecht.

Als Beschuldigtenbeistand ist der Verteidiger wie nach der Vertretertheorie eher Parteiinteressenvertreter als in die Strafrechtspflege eingebundener Prozeßbeteiligter.

Im Unterschied zur Vertretertheorie beinhaltet diese Ansicht, die den Verteidiger als Beistand des Beschuldigten einstuft, eine plausible Begründung für die Funktion des Verteidigers als Parteiinteressenvertreter.

¹ Kleinknecht/Meyer § 137 Rdnr. 3; LR-Dünnebieber Vor § 137 Rdnr. 6; KK-Laufhütte Vor § 137 Rdnr. 3; Eb. Schmidt, Lehrkom. II Vorbem. 17 zu § 137; Roxin, Strafverfahrensrecht § 19 A II 1; Gössel, Strafverfahrensrecht § 19 A II b1; Henkel, Strafverfahrensrecht § 33 II 3; Dahs HB Rdnr. 13; Dahs NJW 1959, 1158 (1161); Alexander ZStW 1931, 54 (61); Hofstetter, Diss. jur. Bern 1938 S. 33; Peters, Strafprozeß § 29 II; Beulke, Verteidiger S. 164; Weber, K. S. 12; Müller-Dietz Jura 1979, 242 (247 f); Ostendorf NJW 1978, 1345 (1348); Müller-Meinungen jr. AnwBl 1978, 218; Schneider NJW 1977, 873 (875); Seelmann NJW 1979, 1128 (1130); Seibert JR 1951, 678 (679); Jolmes S. 60 f; RGSt 44, 284 (285); 64, 164 (165); BGHSt 9, 356 (357); 12, 367 (369); 15, 326 (328); 26, 291 (297); BVerfGE 39, 238 (245); 43, 79 (91); 46, 202 (210)

C. Der Verteidiger als Organ der Rechtspflege

Während insoweit Einigkeit darüber herrscht, daß der Verteidiger als Beistand die privaten Interessen seines Mandanten zu verfolgen hat, besteht innerhalb der Literatur Streit, ob er darüber hinaus auch als Hüter öffentlicher Interessen anzusehen ist. Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre sehen den Verteidiger nicht einseitig in einer privaten Pflichtenstellung als Wahrer von Beschuldigteninteressen; er soll vielmehr zusätzlich als ein "Organ der Rechtspflege" fungieren, d.h. über eine private Pflichtenstellung hinaus innerhalb einer öffentlichen Pflichtenstellung tätig sein und damit auch den Belangen einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege verpflichtet sein.¹

¹ LR-Dünnebieber Vor § 137 Rdnr. 9; Kleinknecht/Meyer Vor § 137 Rdnr. 1; KK-Laufhütte Vor § 137 Rdnr. 4; Eb. Schmidt Lehrkom. II Vorbem. 17 zu § 137; LK-Ruß § 258 Rdnr. 15; Kalsbach, BRAO § 1 Rdnr. 2; Dahs HB Rdnr. 13; Roxin, Strafverfahrensrecht § 19 A II; Gössel, Strafverfahrensrecht § 19 A IIIb; Henkel, Strafverfahrensrecht § 33 II 3; Peters, Strafprozeß § 29 II; Anschütz, Diss. jur. Heidelberg 1959 S. 53 f; Arndt NJW 1964, 2146; Augstein NSTZ 1981, 52 (53); Baumann, Grundbegriffe S. 129; Bringewat NJW 1974, 1740 (1741); Dahs NJW 1959, 1158 (1162); Dahs AnwBl 1966, 371, Groß ZRP 1974, 25 (29); Gusy AnwBl 1984, 255; Habscheid NJW 1962, 1985 (1987); Heinicke S. 332; Krekeler NJW 1977, 1417; Müller, K. JR 1969, 161 (164); Müller-Dietz Jura 1979, 242 (248); Ostler JR 1960, 170 (172); Pelchen JR 1979, 172 (173); Pfeiffer DRiZ 1984, 341 (342); Römer in: FS für Schmidt-Leichner S. 133 (135); Rösmann NSTZ 1983, 446 (447); Schier AnwBl 1984, 410 (415); Schmidt-Leichner NJW 1975, 417 (419); Schorn NJW 1965, 713 (715); ders., Strafverteidiger S. 74 ff; Seibert JR 1951, 678 (679); Schneider, Rechtsanwalt S. 80; von Stackelberg AnwBl 1959, 190 (197); Ullers S. 11; Ulsenheimer GA 1975, 103 (109) u. in der Rspr.: BVerfGE 16, 214; 22, 114; 26, 186 (194); 38, 105 (119); 39, 238 (245); 48, 118 (124); BVerfG NJW 1978, 1795; BGHSt 9, 20 (22 ff); 12, 367 (369); 15, 326 (327); 18, 396 (397); 25, 272 (275); 26, 221 (224 ff); BGH NJW 1964, 2402 (2403); NJW 1972, 2140 (2141)

I. Unterschiedliches Verständnis des Organbegriffs innerhalb herrschender Lehre und Rechtsprechung

Zwar herrscht im wesentlichen Einigkeit bzgl. einer Organstellung des Verteidigers, jedoch bestehen innerhalb der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung unterschiedliche Auffassungen über den Aussagegehalt des Begriffs "Organ". Je nach zugrunde liegender Ideologie oder kriminalpolitischen Zweckmäßigkeitserwägungen werden hier auch Extrempositionen vertreten.¹

Das unterschiedliche Verständnis des Organbegriffs wird insbesondere hinsichtlich seiner Entwicklung deutlich. Während anfangs aus ihm lediglich die Wahrheitspflicht des Verteidigers abgeleitet wurde², sprach man im folgenden vom "Amt" bzw. "öffentlichen Amt" der Verteidigung³. Mittlerweile ist man jedoch von der Auslegung des Organbegriffs i.S.v. "Staatsorgan"⁴ abgerückt und sieht den Verteidiger als "Rechtspflegeorgan"⁵ mit unterschiedlichen Pflichten, die aus eben dieser Organstellung abgeleitet werden.

Während Rösman aus dieser Stellung als Rechtspflegeorgan eine Verpflichtung des Verteidigers zur Mithilfe bei der Rekonstruktion der bei der Staatsanwaltschaft oder bei dem Gericht verlorengegangenen Akten ableitet,⁶ dehnt das LG Göttingen dessen Stellung als Rechtspflegeorgan sogar dahin aus, daß

¹ vgl. z.B. Mahler S. 30 ff, S. 36

² vgl. Fuld JW 1892, 53 (54f)

³ vgl. Frydman S. 75

⁴ vgl. Vargha S. 338; Hofstetter, Diss. jur. Bern 1938 S. 39; Gerland S. 151; Fischer MDR 1948, 467 und in der neueren Literatur allerdings wieder Brumby JR 1964, 374

⁵ vgl. LR-Dünnebier Vor § 137 Rdnr. 9 m.w.N.

⁶ Rösman NSTZ 1983, 446 (447)

es aus ihr die Pflicht des Verteidigers zur Berücksichtigung der Kosteninteressen des Staates zieht¹.

II. Kritiken innerhalb der Literatur und Konsequenzen

Aufgrund ihres Mißbrauchs während der NS-Zeit² und damit auch ihrer unterschiedlichen Auslegungsweisen je nach ideologischem Standpunkt ist die Organtheorie in der Literatur schon immer der Kritik ausgesetzt gewesen.

Bereits im älteren Schrifttum kritisierte man an dem Organbegriff, er provoziere geradezu das Mißverständnis, daß es sich bei dem Verteidiger um ein Staatsorgan handele.³ Die neuere Kritik an der Organlehre entzündet sich vor allem an der Möglichkeit, den Verteidiger mit diesem Begriff in eine gefährliche Staatsnähe zu rücken und damit seine Freiheit zu unterlaufen; hinzu kommt die Kritik an der geringen sprachlichen Aussagekraft dieses Begriffs.⁴

¹ LG Göttingen AnwBl 1966, 407

² Der Begriff "Organ der Rechtspflege" wurde während dieser Zeit vielfach einseitig dahin ausgelegt, daß der Verteidiger den Beschuldigten unter allen Umständen der gerechten Strafe zuzuführen habe, und selbst dann die materielle Wahrheit zu erforschen habe, wenn er diesem dadurch schade. Vgl. dazu Staege DR 1941, 519 (523); Hanssen DR 1944, 353 (354)

³ vgl. Nickol, Diss. jur. Jena 1931 S. 14; Grube, Diss. jur. Köln 1934 S. 5; Mühlhaus, Diss. jur. Köln 1937 S. 50 ff; Alexander ZStW 1931, 54; Heins NJW 1958, 201 (203)

⁴ vgl. Lukanow S. 24; Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1967 S. 18 ff; Knapp S. 140; Krämer NJW 1975, 849 (853); Haffke NJW 1975, 808 (812); Dahs NJW 1975, 1385 (1388 f); Quack NJW 1975, 1337 (1338); Geerds GA 1975, 347; Beulke, Verteidiger S. 200 ff; Waldowski NStZ 1984, 448 (449); Temming StrVert 1982, 539 (540 f)

So lehnen z.B. Lukanow und Dahs den Organbegriff mit der Begründung ab, daß der Verteidiger keine Staatsinteressen wahrzunehmen habe, Rechtspflegeorgan könne vielmehr nur ein staatliches Organ im öffentlich-rechtlichen Sinne sein¹, während andere Autoren die Organtheorie als inhaltsleere Floskel, Topos ohne Ausfüllung, schmückendes Beiwerk und Grundlage für die willkürliche Ableitung von Verteidigerpflichten verwerfen².

Konsequenz ihrer Kritik am Organbegriff ist entweder die Forderung nach der ersatzlosen Streichung dieses Begriffs, da die Beistandsstellung die öffentlich-rechtliche Funktion der Verteidigung hinreichend kennzeichne³, oder aber die Verwendung anderer Begriffe, die diese Funktion besser klarstellen sollen⁴.

Allen hier aufgeführten Kritikern des Organbegriffs ist gemeinsam, daß sie zwar die Organtheorie angreifen, an der öffentlichen Funktion der Verteidigung jedoch auf jeden Fall festhalten und damit insgesamt eine Doppelstellung des Verteidigers befürworten.⁵

¹ vgl. Lukanow S. 24 u. S. 26; Dahs NJW 1975, 1385 (1388f)

² vgl. Knapp S. 98, 123, 140 f; Geerds, GA 1975, 347; Krämer NJW 1975, 849 (850 f); Haffke NJW 1975, 808 (812)

³ vgl. Knapp a.a.O. u. S. 98, 123, 141; Geerds a.a.O.; Krämer a.a.O. S. 850 f; Haffke a.a.O.

⁴ z.B. "gesetzlich gebundener Parteihelfer" so Lukanow S. 29; "juristischer Protektor" so Dahs a.a.O.

⁵ vgl. Lukanow S. 24; Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1967 S. 18 ff; Knapp S. 140; Krämer NJW 1975, 849 (853); Haffke NJW 1975, 808 (812); Dahs NJW 1975, 1385 (1388 f); Quack NJW 1975, 1337 (1338); Geerds GA 1975, 347; Beulke, Verteidiger S. 200 ff; Waldowski NSTZ 1984, 448 (449)

Inwieweit tatsächlich sprachliche Ungenauigkeiten vorliegen, bzw. die Bezeichnung "Organ der Rechtspflege" die Möglichkeit des Mißbrauchs eröffnet und die Verteidigertätigkeit in eine gefährliche Staatsnähe rückt, soll hier nicht Gegenstand der Untersuchung sein. Für die vorliegende Frage nach einem Abgrenzungskriterium zwischen legitimer Verteidigung und strafbarer Strafvereitelung ist vielmehr von Bedeutung, ob dem Verteidiger eine Doppelstellung - Beistand des Mandanten und Organ der Rechtspflege, also Wahrer von Partei- und öffentlichen Interessen - oder aber lediglich die Stellung eines reinen Parteiinteressenvertreters ohne jegliche öffentlich-rechtliche Funktion, wie es von neueren Lehren im Schrifttum befürwortet wird¹, zukommt. Bei einer Doppelstellung des Verteidigers könnten die Grenzen legaler Verteidigung nämlich enger zu fassen sein, da dann nicht nur die Mandanteninteressen sondern auch die öffentlichen Interessen Schranken bilden, die der Verteidiger berücksichtigen muß.

D. Der Verteidiger als reiner Parteiinteressenvertreter

Mit dem Ziel, die Einflußnahme des Staates auf die freie Advokatur zu verhindern, sehen verschiedene Autoren die Funktion des Verteidigers auf die eines

¹ vgl. z.B. Welp ZStW 1978, 101; ders. ZStW 1978, 804; Holtfort KJ 1977, 313; ders. in: Holtfort (Hrsgb.), Interessenvertreter S. 37 ff; Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 80 ff (88)

Parteiinteressenvertreter¹ beschränkt und treten damit der von der herrschenden Meinung befürworteten Doppelstellung², wenn auch mit unterschiedlicher Begründung, entschieden entgegen. Im Gegensatz zu den oben erwähnten Kritiken wird hier die Organtheorie aus viel grundlegenderen Erwägungen abgelehnt.

I. Der Verteidiger als Gegenmacht zum Staat

Gerade im Rahmen der sogenannten "Terroristenprozesse" sind auch innerhalb der Anwaltschaft Auffassungen geäußert worden, nach denen der Verteidiger die Belange des Beschuldigten gegen staatliche Interessen und Justizinteressen wahrzunehmen hat.³

1. Gegenmachtthese iSe Systemüberwindung

Wenn eine zur Problematik der Verteidigerstellung vertretene Extremposition - von Beulke zutreffend als Position der sog. linken Anwälte bezeichnet⁴ - vom Verteidiger als dem Kampfgefährten gegen den bürgerlichen Ausbeuterstaat spricht und zum Angriff der staatlichen Politik im Gerichtssaal aufruft,⁵

¹ vgl. Welp a.a.O.; Holtfort a.a.O.; Wassmann a.a.O.; Hannover DuR 1976, 366; ders. KJ 1978, 221; Göddeke DuR 1979, 325; Arbeitskreis Strafprozeßreform S. 38 ff

² vgl. dazu oben 2. Kapitel, 1. Teil C

³ vgl. z.B. Stellungnahme des Anwaltskollektivs Frankfurt/M. KJ 1972, 274 (276)

⁴ Beulke, Verteidiger S. 54

⁵ Mahler S. 30 ff; Stroebele in: Dreßen (Hrsgb.), Politische Prozesse S. 41 ff

wird die Neigung deutlich, die Aufrechterhaltung eines demokratischen Rechtsstaates nicht als Ausgangsbasis zu betrachten. Da sich ein derartiger Lösungsansatz nicht mehr im Rahmen einer Interpretation des geltenden Rechts bewegt,¹ ist auf diese Argumentation hier nicht einzugehen.²

2. Holtforts Theorie der sozialen Gegenmacht

Ausgehend von einer Einheit zwischen Beschuldigtem und Verteidiger, die geschlossen als soziale Gegenmacht auftreten, soll nach Holtfort der Verteidiger als Helfer seines Mandanten gegen Staat und Gesellschaft fungieren.³ Jedoch wird hier, worauf Holtfort ausdrücklich hinweist, die Verteidigung nicht als Mittel der Systemüberwindung verstanden, sondern als Gegenmacht im Rahmen des geltenden Rechtssystems.⁴

Danach hat der Verteidiger darum zu kämpfen, daß das Verfahren innerhalb des geltenden Prozeßrechts abläuft, d.h. die rechtsstaatlichen Verfahrensregeln eingehalten werden und zwar auch dann, wenn sie die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege in

¹ zur Durchsetzung persönlicher Gerechtigkeitsvorstellungen und der verfassungsmäßigen Ordnung vgl. Gössel ZStW 1982, 5 (27)

² i.d.S. ebenfalls Bottke ZStW 1984, 726 (741, Fn. 116); Beulke, Verteidiger S. 61; Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 44; Strzyz S. 30

³ Holtfort KJ 1977, 313 ff; ders. in: Holtfort (Hrgb.), Interessenvertreter S. 37 ff

⁴ vgl. Holtfort in: Holtfort (Hrgb.), Interessenvertreter S. 37 (45); aA hier Beulke, Verteidiger S. 61 f, der bei den Thesen Holtforts auch von einer anderen Deutungsmöglichkeit ausgeht; wie Beulke auch Klein in: Holtfort (Hrgb.), Interessenvertreter S. 62 (65) und Deutscher Richterbund in: Holtfort (Hrgb.), Interessenvertreter S. 66; vgl. dazu auch die weiteren Ausführungen unter dem folgenden Punkt 3

Frage stellen und den Rechtsstaat ad absurdum zu führen scheinen.¹ Ausgangspunkt für das Verteidigerverständnis Holtforts ist die Entwicklung des Rechts als Ergebnis gesellschaftlicher Auseinandersetzung.² Daraus zieht er die Konsequenz, daß die Rechtsmacht der an diesem Kampf Beteiligten schrankenlos ist. Das Betätigungsfeld des Verteidigers wird damit fast gänzlich dem staatlichen Zugriff entzogen, so daß die Verteidigung - so die Folgerung Holtfort's - zu den vom Staat geschaffenen Freiräumen zählt, innerhalb derer gezielt gegen den Strafverfolgungsapparat des Staates agiert werden kann und soll.³

3. Kritik an der Gegenmachtthese

Die von Holtfort vorgeschlagene und von anderen Autoren verfolgte Lösung einer einseitigen Parteiinteressenvertretung vermag jedoch aufgrund der

¹ vgl. Holtfort KJ 1977, 313 (315); ders. in: Holtfort (Hrgb.), Interessenvertreter S. 37 (45 f)

² vgl. Holtfort a.a.O.

³ vgl. Holtfort a.a.O.
Ähnlich auch Göddeke DuR 1979, 325 (327), der sich auf die Verteidigung als Stück sozialer Gegenmacht beruft, mit der Funktion staatliche Gewaltanwendung und illegitime Machtausübung zu begrenzen; vgl. auch Hannover DuR 1976, 366; ders. KJ 1979, 221 (223 f); Ostendorf NJW 1978, 1345 (1350); ders. JZ 1979, 252 (256); Müller, I. DuR 1977, 267 (273 u. 277), die den Gesichtspunkt der Solidarität und die Identifikation mit dem Mandanten in den Mittelpunkt stellen, wobei Ostendorf NJW 1978 a.a.O. den Verteidiger ausdrücklich als "Rechtshelfer sozialer Gegenmacht" bezeichnet; i.d. S. vgl. weiterhin eine Erklärung des Vorstands des Republikanischen Anwaltsvereins KJ 1980, 102 (103) und Schneider in: Holtfort (Hrgb.), Interessenvertreter S. 26 (31), der den Verteidiger als "subjektiv engagierten parteigebundenen Helfer" sieht.

schrankenlosen Autonomie des Verteidigers und einer unzureichenden Spezifizierung¹ nicht zu überzeugen. Eine Stärkung der Verteidigermacht zur Stärkung der Beschuldigtenposition wäre für letzteren im Hinblick auf eine Verbesserung seiner Chancen gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zwar wünschenswert, jedoch darf die daraus resultierende Beeinträchtigung der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege nicht außer acht gelassen werden.

Zwar kann Beulke² und Klein³ nicht zugestimmt werden, wenn sie davon ausgehen, daß der These der sozialen Gegenmacht aufgrund der wenig präzisen Darstellung auch der Gedanke der Systemüberwindung zugrunde liegen könnte. Holtfort, als Hauptvertreter und Begründer der These von der sozialen Gegenmacht, distanziert sich gerade ausdrücklich von einem Lösungsansatz i.S.e. Systemüberwindung, indem er betont, daß er den Verteidiger "nicht als Speerspitze eines Klassenkampfes gegen die Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik" begreift.⁴ Zwar wird hier die völlige Autonomie des Verteidigers als Leitprinzip gesehen, jedoch ist damit nicht die Überwindung der bestehenden Gesellschaftsform verbunden.⁵

Die geforderte absolute Freistellung von allen staatlichen Zwängen i.S. einer schrankenlosen

¹ einzig Ostendorf und I. Müller a.a.O. trennen ausgehend von diesem Lösungsansatz strafbares und legitimes Verteidigerhandeln, vgl. dazu unten 3. Kap. 1. Teil A II 2 u. E I

² Beulke, Verteidiger S. 61 f

³ Klein in: Holtfort (Hrgb.), Interessenvertreter S. 62 (65)

⁴ Holtfort in: Holtfort (Hrgb.), Interessenvertreter S. 37 (45)

⁵ wie hier auch Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 58 f

Rechtsmacht kann und darf es nicht geben. So hat auch Hassemer zutreffend konstatiert: "Strafverteidigung ist ein Recht innerhalb des Verfahrens, kein Recht gegen das Verfahren".¹ Unser Rechtsstaatsprinzip enthält sowohl das Gebot einer fairen Verfahrensführung² als auch das Gebot einer funktions-tüchtigen Strafrechtspflege.³ Bei einer schranken-losen Rechtsmacht müßte es dem Verteidiger aber freistehen, sich jegliche Mandanteninteressen zu eigen zu machen, womit er über eine nicht mehr tolerierbare Möglichkeit der Erschwerung der Wahrheitsfindung verfügen würde. Sollten seiner Autonomie innerhalb der Strafprozeßordnung keine Schranken gesetzt werden und sollten ihm damit konsequen-terweise die gleichen sanktionslosen Mittel wie dem Beschuldigten zustehen, müßte man in weiterer Kon-sequenz zu dem Ergebnis gelangen, daß er sich auch ebenso wie der Beschuldigte einer Strafvereitelung nicht schuldig machen kann.⁴ Dies kann jedoch wie-derum aufgrund einiger Feststellungen - wie z.B. von Holtfort "Der Verteidiger darf nur mit gesetz-lich unverbottenen Mitteln arbeiten."⁵ - von den Vertretern dieser Ansicht nicht gewollt sein. Hier fehlt eine Präzisierung. Die Gegenmachtthese läßt bzgl. der Konsequenzen, die aus dem darge-stellten Verteidigerbild zu ziehen sind, noch zu

¹ Hassemer ZRP 1980, 326 (331); vgl. dazu auch Stern S. 22: "Der Verfassungsstaat verlangt nicht nach sozialer Gegenmacht."

² BVerfGE 46, 202 (210)

³ BVerfGE 33, 367 (368); 38, 105 (115)

⁴ auf diese logische Konsequenz macht mit Recht Strzyz S. 43 aufmerksam

⁵ Holtfort a.a.O. S. 39; vgl. auch ASJ Hamburg in: Holtfort (Hrgb.), Interessenvertreter S. 66 (68) unter Berufung auf Arndt NJW 1964, 2146, wonach der Anwalt die Grenzen der Rechts- und Sitten-widrigkeit zu achten hat.

viele Fragen offen.¹ Auch wenn Holtfort ausdrücklich betont, daß der Verteidiger nur mit "gesetzlich unverbottenen Mitteln" arbeiten darf,² ist dies ebenso wie der von ihm konstatierte Freiraum, den der Staat der Strafverteidigung einräumt,³ keine hinreichende Konkretisierung. Wie bereits von Strzyz⁴ und Beulke⁵ zutreffend erkannt, läßt diese Beschreibung vielmehr zwei Deutungsmöglichkeiten zu. Zum einen könnte Strafvereitelung nur dann in Betracht kommen, wenn die konkrete Vorgehensweise des Strafverteidigers schon nach einem anderen Strafgesetz strafbar ist.⁶ Zum anderen wäre es möglich, ausgehend von einer Kongruenz zwischen Verteidiger- und Beschuldigtenmitteln, die Verteidigungsgrenzen nur außerhalb des Straftatbestandes § 258 Abs. 1 StGB anzusiedeln, was, wie bereits erwähnt, dazu führt, daß der Verteidiger sich - wie der Beschuldigte selbst - nie nach § 258 Abs. 1 StGB strafbar machen könnte. Ob Holtfort damit tatsächlich für einen schrankenlosen Freiraum plädiert, oder falls nicht, wie und wodurch dieser Freiraum begrenzt werden soll, bleibt unklar. Damit läßt die bisherige Formulierung der Gegenmachttheorie jegliche Art von Grenzziehung für die hier zu erörternde Frage vermissen. Die Bestimmung des Verteidigers als soziale Gegenmacht kann als Theorie zur Stellung des Verteidigers zu einer

¹ so auch Beulke, Verteidiger S. 61; Jolmes S. 61; Strzyz S. 43

² Holtfort a.a.O. S. 45

³ Holtfort a.a.O.

⁴ Strzyz S. 43

⁵ Beulke, Verteidiger S. 64 ff

⁶ vgl. dazu Müller, I. StrVert 1981, 90 (95), der dies als einzig wirksame Abgrenzung ansieht

Problemlösung nicht beitragen.¹

II. Die Beschuldigtenautonomie als Grundlage für die Verteidigerstellung

1. Das Autonomieprinzip von Welp

Auch die von Welp entwickelte Autonomielehre² geht von einer neuen Verteidigerkonzeption aus. Aufbauend auf der Autonomie des Beschuldigten, d.h. seiner völligen Unabhängigkeit von öffentlichen Interessen und vom Verteidiger, sieht auch er den Verteidiger ausschließlich als Interessenvertreter des Beschuldigten.³

Wie bei der Gegenmachtthese soll ausgeschlossen werden, daß der Staat dem Beschuldigten ein Verteidigungskonzept aufdiktiert. Der Verteidiger soll auch hier strikt an den Mandantenwillen gebunden sein. Im Gegensatz zur Gegenmachttheorie steht jedoch nicht das Verhältnis Verteidiger contra Staat im Mittelpunkt, sondern die Autonomie des

¹ Wenn Müller, I. StVert 1981, 90 ff und Ostendorf NJW 1978, 1345 ff, ausgehend von einem derartigen Verteidigerbild, unterschiedliche Lösungskonzeptionen zur Abgrenzung einer Strafvereitelung von einer legitimen Verteidigung entwickeln, sollen diese Abgrenzungskriterien im 3. Kapitel untersucht werden. Die Gegenmachttheorie als solche, als Theorie bzgl. der Verteidigerstellung, die es hier zu untersuchen galt, hilft im Hinblick auf das Auffinden eines übergreifenden Prinzips nicht weiter und soll damit bei der Untersuchung der einzelnen Lösungsansätze keine Beachtung mehr finden.

² vgl. Welp ZStW 1978, 101 ff und 804 ff; ihm folgend Seelmann NJW 1979, 1128 (1130); so auch ASJ und Partei Vorstand der SPD auf dem 3. Gustav Radbruch Forum, vgl. dazu Reichel ZRP 1982, 83

³ vgl. Welp a.a.O.

Beschuldigten. Grundlage der von Welp entwickelten Verteidigerposition ist ein von der allgemeinen Ansicht abweichendes Verständnis von der Struktur des Strafverfahrens. So sollen alle Bedingungen für ein gerechtes Urteil schon außerhalb der Verteidigung anzulegen sein, nämlich in der Bindung des Richters an die Instruktionsmaxime und in der Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, neben den belastenden Momenten auch entlastende zu ermitteln und zu berücksichtigen.¹ Damit ist die Verteidigung nach Welp nicht notwendige Bedingung für ein gerechtes Urteil, sondern lediglich eine zusätzliche Sicherheit.²

Daraus zieht Welp den Schluß, daß Verteidigung die Wahrnehmung selbst definierter prozessualer Interessen aus eigenem Recht sei.³ Trotz der geforderten Beschuldigtenautonomie wird das Institut der notwendigen Verteidigung nicht außer acht gelassen. Nach Welps methodischem Ansatz ist der Staat in den Fällen defekter Autonomie aufgrund seiner Fürsorgepflicht zur Korrektur "legitimiert"⁴, und zwar derart, daß er dem Beschuldigten einen Verteidiger zur Seite stellen kann.

2. Gesetzentwurf des Arbeitskreises Strafprozeßreform

Auch die vom Arbeitskreis Strafprozeßreform entwickelten Grundsätze gehen vom Konzept der Verteidigung als einseitiger Parteiinteressenvertretung aus.

¹ Welp a.a.O. S. 119 und S. 816 f

² ders. a.a.O. S. 119 und S. 817, 828

³ ders. a.a.O. S. 117

⁴ ders. a.a.O. S. 117 und S. 821 f

Nach seiner Ansicht hat der Beschuldigte in erster Linie Anspruch darauf, als Subjekt des Verfahrens eigene Interessen zur Geltung zu bringen.¹ Damit zielen die Erwägungen des Arbeitskreises in dieselbe Richtung wie das von Welp - der diesem Arbeitskreis angehörte - entwickelte Autonomieprinzip². Entgegen Welp³ geht der Arbeitskreis Strafprozeßreform zwar davon aus, daß das Interesse des Beschuldigten an einem gerechten Verfahren weder bei der Staatsanwaltschaft noch bei dem Richter umfassend gewahrt wird. Er gelangt jedoch auch zu dem von Welp gezogenen Schluß, daß ein Verteidiger ausschließlich die Interessen seines Mandanten verfolgen darf.⁴

Mit § 1 Abs. 1 des Gesetzesvorschlags: "Der Verteidiger vertritt die Interessen des Beschuldigten", weicht der Arbeitskreis deutlich von der doppelten Verteidigerstellung der herrschenden Lehre ab. Lediglich in der Begründung zu § 1 wird in Frage gestellt, ob der Verteidigung nicht auch öffentliche Aufgaben zufallen.⁵ Hier wird deutlich, daß nicht alle Mitglieder des Arbeitskreises die uneingeschränkte Parteiinteressenvertretung befürwortet haben.

Grünwald, ein weiteres Mitglied des Arbeitskreises, geht davon aus, daß der Verteidiger die Beschuldigteninteressen auch dann wahrzunehmen habe, wenn sie dem staatlichen Ziel einer gerechten Bestrafung zuwiderliefen, wobei er nur dadurch beschränkt sei, daß er keine unzulässigen Mittel

¹ vgl. Arbeitskreis Strafprozeßreform S. 38

² vgl. Welp ZStW 1978, 101 ff und 804 ff

³ ders. a.a.O. S. 119 und S. 816 ff

⁴ Arbeitskreis Strafprozeßreform S. 39

⁵ Arbeitskreis Strafprozeßreform S. 44 f

einsetzen dürfe.¹

3. Kritik an dem Autonomieprinzip

Der von Welp entwickelten Autonomielehre muß entgegengehalten werden, daß sie im Hinblick auf ihre Umsetzung in die Praxis nicht haltbar ist, da sie Defizite auf der Beschuldigtenseite nicht, bzw. nicht hinreichend berücksichtigt.

Zum einem hieße die Definition Welps "Verteidigung ist Wahrnehmung selbst erläuterten prozessualer Interessen aus eigenem Recht"², daß es der Beschuldigte selbst sein müßte, der die Verteidigungsstrategie bestimmen kann und soll.³ Dabei erlangt die Tatsache, daß dieser idR rechtsunkundig ist, jedoch keine ausreichende Berücksichtigung. Mangelnde Kenntnis der Gesetze, der Rechtsprechung und des Verfahrensablaufs sind jedoch Defizite auf der Beschuldigtenseite, die berücksichtigt und kompensiert werden müssen. Die Einschaltung eines Verteidigers stellt zwar keine absolute Gewähr für eine Verbesserung der Beschuldigtenposition dar, jedoch hat gerade Peters mit seinen Untersuchungen gezeigt, welche Bedeutung der Mitwirkung eines Verteidigers immer noch zukommt.⁴

Zum anderen sprechen diese Defizite auf der Beschuldigtenseite auch gegen die These Welps, daß der

¹ vgl. Grünwald AnwBl 1980, 5 (6)

² vgl. Welp a.a.O. S. 117

³ Kritisch dazu auch Hamm in: FS für Sarstedt S. 49 (59), der davon ausgeht, daß Selbstbestimmung des beschuldigten Bürgers im Verhältnis zu seinem Strafverteidiger ein Widerspruch in sich ist.

⁴ vgl. Peters, Fehlerquellen Bd. 2 S. 264 ff, insbes. S. 280; so auch Roxin, Strafverfahrensrecht § 19 A I; Müller, E. AnwBl 1981, 311 (313)

Strafprozeß die Mitwirkung eines Verteidigers nicht notwendig voraussetze.¹ Denn die notwendige Waffen-
gleichheit gegenüber der Staatsanwaltschaft ist
zumindest in schwierigen Strafprozessen ohne Hinzuziehung eines Verteidigers überhaupt nicht herzustellen.²

Außerdem muß dem Lösungsansatz Welp der Vorwurf mangelnder Konsequenz gemacht werden. Würde - wie von Welp behauptet - die Beschuldigtenautonomie nämlich tatsächlich das Grundgesetz der Strafverteidigung darstellen³, müßte konsequenterweise eine uneingeschränkte Bindung des Verteidigers an den Mandantenwillen bestehen. Dies lehnt Welp jedoch ab.⁴ In Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung hält er den Verteidiger trotz seines derartigen Lösungsansatzes für unabhängig von Weisungen des Beschuldigten. Er räumt ihm hier das Recht ein, eigenverantwortlich die wirksamste Strategie zu verfolgen und damit gleichzeitig die Weisung seines Mandanten zu mißachten.⁵

Auch im Hinblick auf die Wahrheitspflicht des Verteidigers ist die gesamte Konzeption nicht konsequent. Bei einer einseitigen Parteiinteressenvertretung läge es nämlich nahe, dem Verteidiger dieselben Rechte und Möglichkeiten wie dem Beschuldigten und damit auch die Möglichkeit einer sanktionslosen Lüge einzuräumen. Mit dem Hinweis auf die prozessuale Wahrheitspflicht spricht Welp dem Verteidiger diese Möglichkeit jedoch ab.⁶

¹ vgl. Welp ZStW 1978, 101 (119 f)

² so auch Müller, E. AnwBl 1981, 311 (313); Müller, I., Rechtsstaat S. 51; Beulke, Verteidiger S. 73

³ Welp a.a.O., S. 117

⁴ ders. a.a.O., 804 (820)

⁵ ders. a.a.O.

⁶ ders. a.a.O., S. 818

Eine gänzliche Bindung des Verteidigers an Parteiinteressen wird damit zwar gefordert, aber nicht vollzogen. Die Tatsache, daß der Verteidiger nach dieser Theorie eingeschränktere Handlungsmöglichkeiten hat als sein Mandant, ist aber so nicht erklärbar und damit kein konsequenter Weg zu einem neuen Verteidigerkonzept. Es fehlt vielmehr eine treffende Begründung für die im Endeffekt abgelehnte gänzliche Bindung an die Interessen des Mandanten.¹

Auch der Verteidigungskonzeption des Arbeitskreises Strafprozeßreform muß der Vorwurf mangelnder Konsequenz gemacht werden. Denn die Betonung der Unabhängigkeit des Verteidigers in Abs. 2 des § 1 des vorgelegten Entwurfs läßt sich mit dem Wortlaut des Abs. 1 S. 1, daß der Verteidiger die Interessen des Beschuldigten vertritt, nicht ohne weiteres vereinbaren.²

Außerdem wird das in § 1 Abs. 1 S. 1 konstatierte Prinzip der alleinigen Parteiinteressenvertretung auch durch andere Detailregelungen nicht konsequent verfolgt, sondern vielmehr in Frage gestellt. So widerspricht z.B. der in § 4 festgelegte Umfang der notwendigen Verteidigung und damit die Bestellung eines Verteidigers gegen den erklärten Willen des Beschuldigten der in Abs. 1 S. 1 des § 1 betonten Autonomie des Beschuldigten.³

Den vom Arbeitskreis Strafprozeßreform vorgelegten Gesetzentwurf treffen damit vom Grundsatz her dieselben Einwände, die dem Autonomieprinzip von Welp entgegengehalten worden sind.

¹ zur Kritik an der Autonomielehre vgl. auch Beulke, Verteidiger S. 72 ff, Strzyz S. 230 ff

² vgl. Lantzke/Müller/Wahle S. 3

³ so auch Lantzke/Müller/Wahle S. 12

III. Einseitige Parteiinteressenvertretung als Ergebnis verfassungsrechtlicher Prinzipien

1. Lösungsansatz von Wassmann und Rissel

Für ein einseitiges Engagement des Verteidigers allein zugunsten des Beschuldigten treten auch Wassmann¹ und Rissel² ein. Damit gehen sie im Ergebnis zwar mit der Theorie der sozialen Gegenmacht und der Autonomielehre konform, im Unterschied zu diesen Theorien wird die einseitige Parteiinteressenvertretung jedoch weder aus gesellschaftlichen Komponenten³ noch aus der Beschuldigtenautonomie⁴ abgeleitet.

Während Rissel diese Verteidigerstellung in erster Linie aus dem Rechtsstaatsprinzip folgert⁵, zieht Wassmann zur Begründung noch weitere verfassungsrechtliche Prinzipien, wie z.B. das Prinzip der Sozialstaatlichkeit, hinzu⁶.

Wassmann folgert aus diesen Verfassungsprinzipien, daß die formelle Verteidigung keine Wahrnehmung öffentlicher Interessen kennt.⁷ Zwar sieht er die private Interessenwahrnehmung als Gegenstand des staatlichen Regelsystems, lehnt jedoch die öffentlich-rechtliche Funktion der Verteidigung unter

¹ Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 64 ff, 71 ff

² Rissel, Diss. jur. Marburg 1980 S. 96 ff (98)

³ so aber Holtfort in: Holtfort (Hrsg.), Interessenvertreter S. 37 ff; ders. KJ 1977, 313

⁴ so aber Welp ZStW 1978, 101 ff und 804 ff

⁵ vgl. Rissel a.a.O. S. 98

⁶ vgl. Wassmann a.a.O. S. 64 ff

⁷ Wassmann a.a.O. S. 70

Berufung auf Lüderssen¹ ab.² Beide gehen davon aus, daß der Verteidiger als durch die staatliche Gesetzgebung garantierter Beistand automatisch im öffentlichen Interesse handele, dies mache die Verteidigung jedoch noch nicht zur öffentlichen Aufgabe.³ Für sie schließt außerdem die Bejahung der Wahrnehmung privater Interessen als Aufgabe der Verteidigung die gleichzeitige Annahme öffentlicher Verteidigungsfunktionen aus.⁴

Wassmann betont jedoch, daß diese einseitige Interessenwahrnehmung keinesfalls schrankenlos sei.⁵ Da sie Gegenstand des staatlichen Regelsystems sei, habe der Staat sich gerade nicht der Möglichkeit begeben, die privaten Interessen zu begrenzen.⁶ Anhand der typischen Strafverteidigertätigkeiten benennt Wassmann dann im folgenden die Grenzen.⁷

Demgegenüber betont Rissel, daß das Rechtsstaatsprinzip den Verteidiger einer Pflichtenbindung unterwirft und damit seine Beistandsfunktion auf das rechtsstaatlich Mögliche und Erlaubte begrenzt.⁸ Danach treffen in dem Institut der Verteidigung zwei rechtsstaatliche Postulate - das Recht des Beschuldigten auf eine umfassende Verteidigung und die Forderung einer effektiven Strafrechtspflege -

¹ vgl. Lüderssen in: FS für Sarstedt 145 ff (164)

² Wassmann a.a.O. S. 68 f

³ Lüderssen a.a.O.; Wassmann a.a.O. S.68 ff

⁴ Lüderssen a.a.O.; Wassmann a.a.O. S. 68

⁵ Wassmann a.a.O. S. 69 f

⁶ vgl. Wassmann a.a.O.

⁷ vgl. Wassmann a.a.O. S. 89 ff; zur Grenzziehung Wassmanns vgl. auch 3. Kapitel 2. Teil

⁸ Rissel, Diss. jur. Marburg 1980 S. 97

aufeinander.¹ Die dahinter stehenden Interessen - das Freiheitsinteresse des Beschuldigten und das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit - seien dann aufgrund des häufig auftretenden Widerstreits gegeneinander abzuwägen.²

2. Kritik an diesem Lösungsansatz

Auch wenn Wassmann und Rissel die Verteidigung als ausschließlich private Parteiinteressenvertretung sehen, weichen ihre Ausführungen doch nur begrifflich vom Standpunkt der herrschenden Meinung, der Doppelstellung des Verteidigers³, ab.

Rissel nimmt eine Abwägung zwischen dem Recht des Beschuldigten auf umfassende Verteidigung und der Forderung nach einer effektiven Strafrechtspflege vor⁴, die unter der Überschrift "Abwägung privater und öffentlicher Funktion der Verteidigung" von der herrschenden Meinung ebenfalls vorgenommen wird.

Auch Wassmann bejaht inzident eine bestimmte öffentlichkeitsrelevante Verantwortung der Verteidigung. Denn wenn Wahrheitsermittlung und Justizförmigkeit des Verfahrens Prozeßziele darstellen⁵, und der Verteidiger nach Wassmann nicht durch unwahre Behauptungen auf den Prozeßstoff einwirken darf⁶, so entspringt diese Pflicht zur Wahrheit - ungeachtet dessen, ob man der von Wassmann vorge-

¹ Rissel, Diss. jur. Marburg 1980 S. 99

² ders. a.a.O. S. 99 - 103

³ zum Standpunkt der hM vgl. oben 2. Kapitel, 1. Teil C

⁴ Rissel, Diss. jur. Marburg 1980 S. 99-103

⁵ so Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 117

⁶ vgl. Wassmann, a.a.O. S. 117 und S. 187, zum sog. "auf Behauptungen begrenztes Wahrheitsprinzip"

nommenen Einschränkung zustimmt - doch aus einem Maß besonderer Verantwortung für die Allgemeinheit und führt zu dem zwingenden Schluß, daß der Verteidiger andererseits auch öffentliche Interessen berücksichtigen muß.

Soweit Wassmann und Rissel damit eine öffentliche Funktion der Verteidigung leugnen, dürfte die inhaltliche Differenz zu der von der herrschenden Meinung vertretenen Doppelstellung des Verteidigers gering sein, weil die von ihr vertretene öffentliche Funktion der Verteidigung sich weitgehend mit den innerhalb dieses Lösungsansatzes vertretenen Rechten und Pflichten der Verteidigung deckt.

E. Resümee der dargestellten Theorien zur Funktion und Stellung der Verteidigung

Erscheint der Ansatzpunkt der Theorien des reinen Parteiinteressenvertreters auf den ersten Blick insoweit stichhaltig als diese sich gegen die Gefahr einer zu großen Bevormundung durch den Staat zur Wehr setzen, muß den neueren Bestrebungen in der Literatur doch entgegengehalten werden, daß ihre Lösungskonzeptionen zu ungenau bzw. nicht konsequent sind. Insbesondere Holtforts Lösungsansatz entbehrt noch weiterer Festlegungen und läßt Fragen offen, wohingegen Welps Lösungsansatz aufgrund zu vieler Abweichungen vom aufgestellten Grundsatz als wenig gradlinig und damit inkonsequent bezeichnet werden muß. Wassmann und Rissel hingegen gehen im Ergebnis mit der von der herrschenden Meinung vertretenen Organstellung konform.

Damit helfen diese Lösungsansätze bzgl. einer Grenzziehung nicht weiter. Eines ist allerdings deutlich geworden: Bis auf die ungenaue Formulierung der Gegenmachtthese Holtforts kommt bei den benannten Befürwortern einer einseitigen Parteiinteressenvertretung zum Ausdruck, daß diese Einseitigkeit gewisse Grenzen hat. Damit sind inzidenter - welche Bezeichnung man auch wählt - zweierlei 'Pole' für das Verteidigerhandeln anerkannt. Daß ein genereller Vorrang der reinen Parteiinteressenvertretung besteht, ist damit nicht dargetan. Die Figur eines einseitigen Interessenvertreters gibt nicht mehr Rechte als das Gesetz und die Rechtsordnung erlauben. Dieser Begriff kann nicht davon entbinden, wie die Organtheorie die Stellung und die Befugnisse des Verteidigers aus den Funktionszusammenhängen des Strafverfahrens zu bestimmen.¹

Als Nachteil der Organtheorie bleibt zwar die Gefahr einer Überdehnung des Begriffes 'Organ der Rechtspflege' bestehen, jedoch ist aufgrund der von Schier² vorgenommenen Untersuchung der Urteile des Bundesverfassungsgerichts festzuhalten, daß die Eigenschaft als Organ der Rechtspflege von den Gerichten nicht als Eingriffstatbestand für Beschränkungen der Verteidigung herangezogen worden ist.³ Bei Eingriffen in die Berufsfreiheit eines Rechtsanwalts hat das Bundesverfassungsgericht den Verfassungsbeschwerden vielmehr gerade deshalb stattgegeben, weil eine hinreichende Berücksichtigung seiner Stellung als Organ der Rechtspflege

¹ idS auch Rieß in: FS für Schäfer S. 155 (200)

² vgl. Schier AnwBl 1984, 410 (415)

³ so aber Lüderssen in: FS für Dünnebier S. 263 (264)

fehlte.¹ Die Untersuchungen Schiers² haben gezeigt, daß das Bundesverfassungsgericht die Organtheorie nie als Eingriffstatbestand herangezogen³, wohl aber mit erörtert und als Begründungsargument herangezogen hat⁴.

Eine Einbindung des Verteidigers in das Staatsgefüge sollte auch in der Entscheidung BVerfG 38, 105 nicht vorgenommen werden.⁵ Zwar sind die Formulierungen "staatlich gebundener Vertrauensberuf"⁶ und "amtsähnliche Stellung"⁷ mißverständlich, jedoch haben vorherige und nachfolgende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts⁸ gezeigt, daß es eindeutig von der freien und unabhängigen Berufsausübung eines Rechtsanwalts ausgeht⁹.

¹ vgl. BVerfGE 16, 214 (261 f) zur Vernehmung eines Verteidigers als Zeugen; BVerfGE 22, 114 (120); 41, 231 (242 f) zur Unzulässigkeit der Zurückweisung eines Anwalts als Verteidiger; BVerfGE 37, 66 (77 f) zur Prozeßunfähigkeit eines Prozeßbevollmächtigten; BVerfGE 48, 118 (124); 56, 99 (109) generell zu den strengen Anforderungen bzgl. der Einschränkung der Berufsfreiheit eines Verteidigers aufgrund seiner Stellung als Organ der Rechtspflege

² vgl. Schier a.a.O.

³ vgl. BVerfGE 34, 293 (300), Organstellung als Eingriffstatbestand wird hier ausdrücklich abgelehnt

⁴ vgl. BVerfGE 38, 26 (31 f); 39, 238 (245); 48, 118 (124)

⁵ zur Kritik an dieser Entscheidung vgl. vor allem: Krämer NJW 1975, 849 ff

⁶ vgl. BVerfGE 38, 26 (31 f); 39, 238 (245); 48, 118 (124)

⁷ vgl. BVerfGE a.a.O.

⁸ vgl. z.B. BVerfGE 34, 293 (302); 43, 79 (90 f)

⁹ vgl. auch Jolmes S. 140 und Augstein NStZ 1981, 52 (53), die ebenfalls zu dieser Feststellung gelangen

Allerdings diene die Organformel dem Bundesgerichtshof mit als Grundlage für die Verteidigeraus-schlußtatbestände¹, während das Landgericht Göttingen die Organstellung als Grundlage dafür nimmt, dem Verteidiger Pflichten bzgl. der Staatskasse aufzuerlegen.²

Auch mit der Befürwortung der Organlehre hat sich jedoch aus der Verteidigerstellung selbst noch keine endgültige Lösung für das hier zu untersuchende Problem ergeben. Es kann bisher lediglich davon ausgegangen werden, daß die Anforderungen an die legitime Verteidigung durch zwei Interessen - Beschuldigteninteresse und öffentliches Interesse - festzulegen sind.

Problematisch bleibt indessen, ob und ggfs. in welchem Maße Rechte und Möglichkeiten der Verteidigung durch die Doppelstellung eingeschränkt sind.

2. TEIL: DER INHALT DER VERTEIDIGUNG - BESTIMMUNG DES SPEKTRUMS PRIVATER UND ÖFFENTLICHER FUNKTIONEN

Aus dem Ergebnis der vorangegangenen Untersuchung allein läßt sich eine Grenzlinie zwischen legitimem und strafbarem Verteidigerhandeln nicht festlegen.

Zunächst muß vielmehr festgestellt werden, welche konkreten Pflichten und Aufgaben überhaupt mit dem privaten und dem öffentlichen Interesse gemeint sind, denn nur dann kann der Doppelfunktion des

¹ vgl. BGHSt 26, 221 (226)

² vgl. LG Göttingen AnwBl 1966, 406

Verteidigers ein aussagefähiger Inhalt gegeben werden.

Ist dieser Inhalt ermittelt worden, kann nach den Auswirkungen für eine Differenzierungsleitlinie gefragt werden. Denn erst wenn die spezifische öffentliche und die spezifische private Funktion präzise festgelegt sind, läßt sich ein evtl. Vorrang der einen oder der anderen Funktion feststellen, wodurch zumindest die Reichweite legalen oder strafbaren Verteidigerhandelns präzisiert werden kann. Lassen die Verteidigeraufgaben z.B. erkennen, daß innerhalb dieses Interessendualismus die Stellung des Verteidigers als Wahrer privater Interessen vorgeht, wird der Bereich legalen Handelns weiter zu fassen sein, als wenn der Verteidiger vorrangig öffentlichen Interessen verpflichtet ist.

Um allerdings das Spektrum beider Interessen genau festzulegen, ist zunächst nach Ziel und Zweck des Strafprozesses zu fragen. Erst wenn Ziel und Zweck bestimmt sind, kann, da das Institut der Verteidigung gesetzlich fixierter Bestandteil des Verfahrens ist, dessen Inhalt festgelegt werden.

A. Ziel und Zweck des Strafprozesses

Generell dient der Strafprozeß der Durchsetzung des materiellen Strafrechts gegenüber dem Einzelnen¹, wobei durch Erforschung der Wahrheit zu einem gerechten Urteil und der Wiederherstellung des gestörten Rechtsfriedens gelangt werden soll².

Dabei bezwecken die Förmlichkeiten des Verfahrens, festgelegt in der Strafprozeßordnung, die "richtige" Entscheidung. Wenn § 244 Abs. 2 StPO festlegt, daß das Gericht "zur Erforschung der Wahrheit" handelt, zeigt das zwar, daß mit Hilfe der Strafprozeßordnung Wahrheit gefunden und Gerechtigkeit verwirklicht werden soll³, jedoch dient der Strafprozeß nicht der Wahrheitsfindung in einem unbegrenzten Sinn, d.h. es ist nicht um jeden Preis, in beliebiger Form und mit beliebigen Mitteln ein der materiellen Rechtslage entsprechendes

¹ vgl. Eb. Schmidt, Lehrkom. II Vorbem. § 137 Rdnr. 5; KK-Pfeiffer Einl. Rdnr. 1; Roxin, Strafverfahrensrecht § 1 B I; Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1976 S. 11; Arbeitskreis Strafprozeßreform S. 28; Deckers AnwBl 1981, 316 (318); Römer in: FS für Schmidt-Lechner S. 133 (135); Schmidhäuser in: FS für Eb. Schmidt S. 511 ff; Rieß in: FS für Schäfer S. 155 (192)

² In Anbetracht der Komplexität des Begriffs und der verschiedenen Interpretationen über Inhalt und Umfang soll hier nicht versucht werden, alle Lösungsansätze exakt zu klären, insbesondere nicht die verschiedenen Darstellungen zur wechselseitigen Abhängigkeit und Durchdringung der einzelnen verfassungsrechtlichen Prinzipien.

³ vgl. KK-Pfeiffer Einl. Rdnr. 1; Ostendorf NJW 1978, 1345 (1347)

Urteil zu erreichen¹. Vielmehr zwingt die Beachtung auch anderer Gesichtspunkte - Sicherstellung, daß kein Unschuldiger verurteilt wird, Schutz des Beschuldigten vor ungerechter Verfolgung und übermäßiger Freiheitsbeschränkung² - zu einer eingeschränkten Wahrheitssuche, so daß dem Prinzip der materiellen Wahrheit aus der weitläufigen Funktion des Prozesses heraus Grenzen gesetzt sind.³ So stehen der Grundsatz der Unschuldsvermutung, Art. 6 Abs. 2 MRK, das Prinzip, sich selbst nicht belasten zu müssen und das Recht zu schweigen, als rechtsstaatliche Grenzen einer schrankenlosen Erforschung der Wahrheit entgegen.

Das geltende Recht begnügt sich deshalb mit Erkenntnissen, die dem Ziel absoluter Wahrheit und absoluter Gerechtigkeit möglichst nahe kommen. Jedoch ist auch das sorgfältigste Bemühen um Wahrheit und Gerechtigkeit kein absoluter Schutz vor der Möglichkeit eines Fehlurteils. Der Subjektivität und Relativität einer Erkenntnis trägt der Strafprozeß dadurch Rechnung, daß er nur bestimmte Wege und Methoden zuläßt, die sich zur Gewinnung eines gerechten Urteils als geeignet erwiesen haben.⁴

¹ Eb. Schmidt Lehrkom. II Vorbem. § 137 Rdnr. 5; Roxin, Strafverfahrensrecht § 1 B II; Müller-Dietz ZStW 1981, 1177 (1206); Gössel ZStW 1982, 5 (28 f); Müller, E. AnwBl 1981, 311 (313); Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1967 S. 11; Spendel JuS 1964, 465 (467); Rissel, Diss. jur. Marburg 1980 S. 70; Rieß in: FS für Schäfer S. 155 (172 f); Krauß in: FS für Schaffstein S. 411 ff; BGHSt 14, 358 (365)

² vgl. dazu Gössel a.a.O.; Spendel a.a.O.; Roxin a.a.O.; Müller, E. NJW 1976, 1063 (1066); Dahs NJW 1976, 2145 (2146); BVerfGE 19, 342 (347)

³ vgl. Roxin a.a.O.; Deckers a.a.O., S. 318; Spendel a.a.O.; BGH NJW 1954, 649

⁴ idS auch Eb. Schmidt Lehrkom. I Einl. Rdnr. 20; L/R-Schäfer Einl. Kap. 6 Rdnr. 5, Rdnr. 8

Das Ziel des Verfahrens muß also insgesamt dahingehend definiert werden, daß es sich hier um die materiell richtige und prozeßordnungsgemäß zustandekommende Entscheidung über die Strafbarkeit des Beschuldigten handelt.¹ Damit erweist sich das Ziel des Strafverfahrens als komplex: Verurteilung des Schuldigen, Schutz des Unschuldigen, keine Willkür, Justizförmigkeit des Verfahrens, wobei bei der Gesamtbetrachtung auch die ausreichende Effizienz des Systems zur Durchsetzung des materiellen Strafrechts nicht außer acht gelassen werden darf.² Dabei ist jedoch zu beachten, daß diese Verfahrensziele in einem nicht vollkommen auflösbaren Spannungsverhältnis zueinanderstehen,³ d.h. sie sind gegeneinander abzuwägen und es muß geprüft werden, welchem Aspekt im Einzelfall der Vorrang gebührt. Damit können die Wahrheitsfindung und die Verwirklichung materiellen Strafrechts in justizförmiger Weise als Ziel und Zweck des Strafprozesses festgestellt werden.

¹ zur Definition vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht § 1 B II

² vgl. Rieß in: FS für Schäfer S. 155 (173)

³ vgl. Rieß a.a.O. S. 172; Roxin a.a.O.

B. Die private Funktion der Verteidigung

Mit diesem komplexen Verfahrensziel wird nunmehr der Verteidiger mit seiner Doppelstellung konfrontiert.

Die Strafprozeßordnung sieht den Beschuldigten als Prozeßsubjekt, stattet ihn mit eigenen Rechten aus und gibt ihm damit die Möglichkeit, auf den Verfahrensgang Einfluß zu nehmen.¹ Zur möglichst effektiven Wahrnehmung dieser Rechte normiert die Strafprozeßordnung das Institut der Verteidigung. Gleichzeitig hat das Bundesverfassungsgericht dem Grundsatz der Waffengleichheit zwischen dem Beschuldigten und dem Staatsanwalt Verfassungsrang² und damit auch die Notwendigkeit der Verteidigung eingeräumt. Zwar kann es allein schon aufgrund des der Staatsanwaltschaft zur Verfügung stehenden Ermittlungsapparats, § 161 StPO, völlige Waffengleichheit im Strafprozeß nie geben. Da hier jedoch nur die Defizite auf Beschuldigtenseite relevant sind, soll auf die Bedeutung des Grundsatzes nicht eingegangen werden.³

Generell läßt sich aus dieser Tatsache unter Berücksichtigung von Ziel und Zweck des Strafprozesses für den Verteidiger ableiten, daß er dem Beschuldigten bei der Wahrnehmung seiner Interessen beizustehen und nach bestem Wissen und Gewissen dafür zu sorgen hat, daß er nicht schuldig gesprochen wird, wenn er nicht der ihm zur Last gelegten Straftat überführt wird.⁴

¹ vgl. dazu auch Beulke, Verteidiger S. 37

² BVerfGE 38, 105; BVerfG NJW 1978, 259

³ vgl. zu diesem Problem: Sandermann, Waffengleichheit im Strafprozeß, Diss. jur. Köln 1975

⁴ vgl. Rieß in: FS für Schäfer S. 155 (200); Peters, Fehlerquellen Bd. 2 § 39 II 1

Daraus ergibt sich gleichzeitig die zwingende Konsequenz, daß Verteidigung immer nur Verstärkung, nie Schmälerung der Beschuldigtenposition sein darf.¹ Damit muß dem Verteidiger jede Tätigkeit verwehrt sein, die den Beschuldigten belastet, da ansonsten der verteidigte Beschuldigte u.U. Gefahr liefe, ungünstiger dazustehen als der unverteidigte.²

Zur möglichst effektiven Wahrnehmung seiner Rechte muß die Wahrnehmung privater Interessen in allem liegen, was die auf der Beschuldigtenseite bestehenden Defizite - mangelnde Rechtskenntnisse und Redegewandtheit, psychische Belastung durch das Verfahren, fehlende Erkenntnis bzgl. der Tragweite von Prozeßhandlungen etc. - ausgleicht und somit den Beschuldigten gleichzeitig in die Lage versetzt, sich gegen den Vorwurf einer Straftat sinnvoll und wirksam zur Wehr zu setzen.³

I. Pflicht zur sorgfältigen Interessenwahrnehmung

Im Verhältnis zu seinem Mandanten obliegt dem Verteidiger die Pflicht, dessen Interessen sorgfältig wahrzunehmen. Sowohl der vom Staat bestellte als auch der vom Mandanten beauftragte Verteidiger muß danach alle zulässigen Möglichkeiten ausschöpfen, die dem Mandanten entweder nach materiellem Recht oder aber nach Verfahrensrecht nützen könnten.⁴

¹ idS auch Beulke, Verteidiger S. 87

² so schon von Liszt DJZ 1901, 179 (180)

³ idS auch Strzyz S. 49; Beulke, Verteidiger S. 41; Vogel DRiZ 1975, 179

⁴ vgl. BGH NJW 1964, 2402 (2404); Beulke, Verteidiger S. 45; Jolmes S. 67

1. Aufklärung

Grundlage für alle zu unternehmenden Schritte ist dabei die Aufklärung des Sachverhalts. Sie ist die Basis für die Feststellung der Rechtslage. Hier werden die notwendigen Informationen besorgt und ergänzt, die für die Beratung des Mandanten wichtig sind.¹

2. Rechtsprüfung

Weitere Aufgabe ist die Rechtsprüfung, die ebenfalls eine Grundlage für die ordnungsgemäße Beratung und Vertretung bildet. An diese Aufgabe werden von der Rechtsprechung strenge Anforderungen geknüpft: demnach ist zur Erfüllung dieser Prüfungspflicht eine laufende Orientierung und ggfs. Korrektur der eigenen Rechtsauffassung des Rechtsanwalts, also auch des Verteidigers, an Gesetz, Rechtsprechung und Literatur erforderlich.²

3. Beratung und Belehrung

Zentrales Aufgabengebiet des Verteidigers ist die Beratung und Belehrung des Beschuldigten. Von einem Rechtsanwalt verlangt die Rechtsprechung generell eine umfassende und erschöpfende Beratung,³ wobei die Belehrung sowohl das prozessuale Geschehen, die dem Mandanten zustehenden Rechte und deren Tragweite und Konsequenzen umfassen soll.⁴

¹ zur Aufklärung vgl. BGH NJW 1961, 601 (602)

² allgemein zur Prüfungspflicht eines Rechtsanwalts vgl. BGH VersR 1960, 209; Borgmann/Haug S. 66 ff

³ vgl. BGH DNotZ 1970, 48

⁴ vgl. auch Jolmes S. 65; Pfeiffer DRiZ 1984, 341 (343)

Während generelle Ausführungen zu Anwaltspflichten in der Literatur Inhalt und Intensität der Beratungspflicht eines Anwalts in der Regel von der Belehrungsbedürftigkeit seines Mandanten abhängig machen,¹ wird für den Verteidiger innerhalb dieses Aufgabengebietes zum ersten Mal die Frage nach legitimer Verteidigung und unzulässiger Strafvereitelung relevant. Einerseits soll der Verteidiger den Beschuldigten darauf hinweisen dürfen, daß Lügen und Selbstbegünstigung nicht sanktioniert werden, und mit dem Beschuldigten erörtern dürfen, ob und ggfs. welche Umstände vorliegen, die geeignet sind, sein Verhalten in milderem Licht erscheinen zu lassen, andererseits soll er den Beschuldigten nicht dazu verleiten dürfen, Umstände vorzutragen, die unwahr sind.²

Bereits ein Hinweis auf das sanktionslose Lügen oder den Ausschluß der Rechtswidrigkeit bei Vorliegen einer Notwehrlage wird jedoch bei einem aufgeschlossenen Beschuldigten als "Fingerzeig" verstanden werden, diese rechtliche Möglichkeit auch zu verwirklichen. Gerade die hier gewählten Beispiele zeigen damit, daß die Beurteilung des Handelns als legitim oder illegal innerhalb der beratenden Tätigkeit oft nur eine Frage der von ihm gewählten Formulierung darstellt und damit auch von der Intelligenz des Beschuldigten abhängen kann. Eine Grenzziehung innerhalb der Beratungs- und Belehrungsfunktion wird damit prinzipiell erschwert, wenn nicht sogar unmöglich.³

¹ vgl. Borgmann/Haug S. 78

² vgl. dazu z.B. Pfeiffer DRiZ 1984, 341 (344 f)

³ so Ostendorf NJW 1978, 1345 (1349)

4. Äußerung und Fürsprache

Dem Verteidiger kommt zusätzlich die Aufgabe zu, sich für den Beschuldigten zu äußern, und zwar im Sinne einer Fürsprache. Auch die Ausübung dieser Funktion ist für den Beschuldigten nicht nur hilfreich, sondern vielfach zwingende Notwendigkeit. Denn, wie empirische Erhebungen belegt haben und praktische Erfahrungen immer wieder zeigen, sind viele Beschuldigte - nicht nur aufgrund fehlender Rechtskenntnisse, sondern allein aufgrund fehlender Artikulationsfähigkeiten und fehlender Selbstbehauptung - zu einer sachgerechten und angemessenen Verteidigung nicht in der Lage.¹ Die Auseinandersetzung mit dem Gericht kann damit nicht immer reibungslos verlaufen. Es bestehen hier vielfach Sprachbarrieren, die nur durch Intervention des Verteidigers ausgeräumt werden können.² Vor allem Jugendliche und sozial Schwache stehen solchen Situationen - wie etwa polizeilichen Vernehmungen - mehr oder minder hilflos gegenüber. Sie können auch der Gerichtssprache und den akademischen Ausführungen des Richters und des Staatsanwalts nicht recht folgen.

Außerdem darf hier der Aspekt der Rollenverteilung im Verfahren nicht außer acht bleiben. Wer als Täter eines Kapitalverbrechens sein Opfer einer gewissen Mitverantwortung für die Tat bezichtigt, würde u.U. bei dem Gericht - anders als ein Dritter - zwiespältige Gefühle hervorrufen.³ Gesichtspunkte, die für den Beschuldigten günstig sind -

¹ vgl. Dürkop, Der Angeklagte, Eine sozialpsychologische Studie zum Verhalten vor Gericht, 1977

² so auch Beulke, Verteidiger S. 42; Jolmes S. 65; Heinicke S. 355; Dürkop in: Holtfort (Hrsg.), Interessenvertreter S. 152 (154)

³ vgl. dazu auch Heinicke S. 355; Beulke, Verteidiger S. 42 f

wie Schuldunfähigkeit zum Zeitpunkt der Tat oder die Bezeichnung seiner bisherigen Lebensweise als untadelig - will dieser oft selbst gar nicht vortragen bzw. klingen aus seinem Mund unglaubwürdig. Auch aus diesem Grunde bedarf es des Verteidigers als Fürsprecher.

5. Vertretung

Nimmt der Verteidiger - wie oben ausgeführt - auch nicht generell eine Stellung als Vertreter des Beschuldigten ein¹, so kommt ihm in besonderen, von der Strafprozeßordnung ausdrücklich genannten Fällen, diese Funktion doch zu. Dies gilt z.B. für das Kreuzverhör, § 239 StPO, und das Fragerecht iSd § 240 Abs. 2 S. 2 StPO.

Auch für die Verteidigeraufgaben innerhalb dieser Funktion zeigen sich schon erste Komplikationen. So soll der Verteidiger die Glaubwürdigkeit eines Zeugen durch verwirrende Fragen erschüttern dürfen,² aber gleichzeitig soll er einen Zeugen, von dem er weiß oder annimmt, daß er die Wahrheit sagt, nicht als unglaubwürdig hinstellen dürfen³.

II. Verschwiegenheitspflicht

Eine umfassende Interessenwahrnehmung kann der Verteidiger jedoch nur vornehmen, wenn zwischen ihm und dem Mandanten ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht. Dieses kann nur hergestellt werden,

¹ vgl. oben 2. Kapitel, 1. Teil A

² vgl. SK-Samson § 258 Rdnr. 38 B

³ vgl. Dreher/Tröndle § 258 Rdnr. 7

wenn der Beschuldigte sichergehen kann, daß sein Verteidiger über alles ihm Anvertraute strengstes Stillschweigen bewahrt.¹

Diese sogenannte Verschwiegenheitspflicht ist nicht nur standesrechtlich - § 42 der Richtlinien - festgelegt. Das sogenannte Berufsgeheimnis wird auch durch die Strafbarkeit des Vertrauensbruchs in §§ 203 Abs. 1 Nr. 3 und 204 StGB geschützt. Das Berufsgeheimnis erfaßt dabei alle Angelegenheiten, die der Verteidiger in Ausübung seiner Tätigkeit erfährt und die in den vertraulichen Lebensbereich seines Mandanten fallen.² Gesichert wird das Berufsgeheimnis durch die Zeugnis- und Aussageverweigerungsrechte in §§ 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO, 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO und 102 Abs. 1 Nr. 2a und b AO. Unterlaufen wird dieser Schutz allerdings durch die prozessuale Verwertbarkeit einer materiell rechtswidrigen Aussage³, was innerhalb der Literatur in derartigen Fällen die Forderung nach einer Aussageverweigerungspflicht des Verteidigers ausgelöst hat.⁴

¹ vgl. Müller, H. S. 110 ff; Pfeiffer DRiZ 1984, 341 (343); Rissel, Diss. jur. Marburg 1980 S. 91; Schorn S. 81

² Dreher/Tröndle § 203 Rdnr. 3; Lackner § 203 Anm. 3a und 4

³ vgl. BGHSt 9, 59 (61 f); 15, 200 (202); 18, 146 (147 f); Kleinknecht/Meyer § 53 Rn. 6; L/R-Dahs § 53 Rdnr. 11; KK-Pelchen § 53 Rdnr. 9; Eb. Schmidt Lehrkom. II § 53 Rdnr. 22 ff

⁴ vgl. Welp in: FS für Gallas S. 391 (402, Fn. 36); Haffke GA 1973, 65 (75 ff); Dencker S. 130 ff; Fezer JuS 1978, 472 (473); Roxin, Strafverfahrensrecht § 26 B II 2b; Lenckner NJW 1965, 321 (325 f)

III. Treuepflicht

Schließlich obliegt dem Verteidiger eine Treuepflicht, die ihn auch nach Erledigung des Prozesses oder nach Erlöschen des Mandats an einer Ausnutzung des durch die Verteidigung erlangten Wissens hindert.¹ Mit der Treuepflicht ist außerdem die Vertretung einander widerstreitender Interessen, die in § 358 StGB unter Strafe gestellt ist, nicht vereinbar.²

Unter Berufung auf die Treuepflicht wird von Teilen der Literatur ein Recht und eine Pflicht zur Unterrichtung des Mandanten abgeleitet, wenn der Verteidiger bei Ausübung seines Akteneinsichtsrechts erfährt, daß ein Haft- oder Durchsuchungsbefehl gegen seinen Mandanten erlassen ist.³ Dagegen ist die Auffassung, daß ein solches Verhalten den Straftatbestand des § 258 Abs. 1 StGB erfüllt, in der Literatur und auch in der Rechtsprechung vorherrschend.⁴ Allerdings soll dem Verteidiger erlaubt sein, seinen Mandanten aus gegebenem Anlaß allgemein auf die §§ 112 ff StPO hinzuweisen.⁵

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die private Funktion des Verteidigers sowohl in einer Aktivierung der dem Beschuldigten garantierten Rechte und

¹ vgl. Pfeiffer DRiZ 1984, 341 (343); Dahs HB Rdnr. 60

² H. Müller S. 109

³ vgl. z.B. Krekeler wistra 1983, 43 (47); Dahs HB Rdnr. 227

⁴ vgl. z.B. LR-Dünnebier § 147 Rdnr. 5; KK-Laufhütte § 147 Rdnr. 8; Pfeiffer DRiZ 1984, 341 (348); BGHSt 29, 99 (103); KG NSTz 1983, 556 (557)

⁵ so z.B. Pfeiffer DRiZ 1984, 341 (348)

damit auch in einer Kompensation der Defizite auf Beschuldigtenseite liegt. Denn um seine Rechte wirksam wahrnehmen zu können, muß der Beschuldigte sie überhaupt erst kennen. Auch dann benötigt er den Verteidiger noch als Fürsprecher und Vertreter.¹ Die mit der Beistandschaft verbundenen Pflichten des Verteidigers garantieren jedoch auch gleichzeitig Schutz gegen Mißbrauch durch den Verteidiger selbst.

C. Die öffentliche Funktion der Verteidigung

Die Festlegung der Ziele des Strafprozesses hat deutlich gemacht, daß eine wirksame Verteidigung nicht nur ein Anliegen des Betroffenen selbst ist, sondern vielmehr auch ein Anliegen der Allgemeinheit darstellt.² Nach dem geltenden System ist der Verteidiger derart in den Rechtsstaat einbezogen, daß er für eine der Rechtsverwirklichung dienende Rechtspflege unentbehrlich ist.³ Dabei steht die Abwehr unzulässiger Grundrechtseingriffe bei dem Beschuldigten im Vordergrund. Diese können sowohl von strafprozessualen Zwangsmaßnahmen als auch von einem Fehlurteil zu dessen Lasten ausgehen.

Diese Unterstützung des Beschuldigten kommt auch der Allgemeinheit zugute. Der Verteidiger überwacht, ob alle Verfahrensvorschriften beachtet

¹ generell zum Ausgleich der Beschuldigtendefizite vgl. auch Henkel, Strafverfahrensrecht § 33 I; Peters, Strafprozeß § 29 I; Roxin, Strafverfahrensrecht § 19 A I

² vgl. oben 2. Kapitel, 2. Teil, A

³ Stern S. 18

werden, d.h. ob dieses Verfahren fair und justizförmig gestaltet wird. Damit können die Grundsätze der Justizförmigkeit und des fairen Verfahrens durch seinen Einsatz überhaupt erst verwirklicht werden. So geht auch die ganze herrschende Lehre davon aus, daß der Verteidiger gerade durch seine Tätigkeit im Interesse der Allgemeinheit überwacht, ob die Verfahrensvorschriften beachtet werden, ob dieses Verfahren fair und justizförmig gestaltet ist und der Erforschung der materiellen Wahrheit dient.¹

D. Kollision der hinter diesen Funktionen stehenden Zielsetzungen

Mit dieser Festlegung der öffentlichrechtlichen Funktion im Anschluß an die herrschende Meinung steht die parteibezogene Komponente der Verteidigung jedoch nicht von vornherein im Gegensatz zu der öffentlichen Funktion. Mit seiner aus der Stellung als Beistand resultierenden Aufgabe der Kompensation der Beschuldigtendefizite fördert der Verteidiger - wie bereits gezeigt - gleichzeitig die Herstellung des verfassungsrechtlich geforderten fairen und justizförmigen Verfahrens und trägt damit zur Verwirklichung des Ziels eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens bei. Somit liegt in der Wahrnehmung der prozessualen Rechte und Interessen

¹ Roxin, Strafverfahrensrecht § 19 A I; Eb. Schmidt Lehrkom. II Vor § 137 Rdnr. 17; LR-Dünnebier § 137 Rdnr. 6; Henkel, Strafverfahrensrecht § 33 II 4; Knapp S. 123; Peters, Strafprozeß § 29 I; Alexander ZStW 1931, 54 (60); Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1967 S. 12; Heeb, Diss. jur. Tübingen 1973 S. 56 ff; Vargha S. 281; Frydmann S. 65, 79 ff

des Beschuldigten nicht nur die private Funktion des Verteidigers, sondern auch seine öffentliche. Insofern ist eine Kollision zwischen öffentlicher und privater Verteidigerfunktion nicht ersichtlich.

Eine Kollision tritt allerdings deutlich zutage, wenn man nach den hinter diesen Funktionen stehenden Zielsetzungen fragt. Das Primäranliegen des Beschuldigten, das hinter der gewünschten Interessenvertretung steht, ist der Freispruch bzw. eine möglichst geringe Bestrafung. Nur wenn es dem Verteidiger erlaubt wäre, den Beschuldigten um jeden Preis der Sanktion zu entziehen, könnte er berechtigt sein, diese Intention des Beschuldigten in letzter Konsequenz zu fördern.

Daß es jedoch eine Verhinderung der Bestrafung um jeden Preis nicht geben kann und darf, ist bereits angeklungen. D.h., das Primäranliegen des Beschuldigten ist nicht ungehindert durchsetzbar.

Demgegenüber steht das Anliegen der Allgemeinheit, also des öffentlichen Interesses, die möglichst effiziente Durchsetzung eines evtl. entstandenen Strafanspruchs.¹

Die verfassungsrechtliche Pflicht zu einer wirksamen Rechtspflege rechtfertigt indessen nicht in jedem Fall die Durchsetzung des Strafanspruchs um jeden Preis. Hier kann vielmehr ein Widerspruch mit dem Prinzip der Rechtstaatlichkeit entstehen, der zu einer Beeinträchtigung der Grundrechte der Beschuldigten führt. D.h., die Interessen des Beschuldigten können der Allgemeinheit schon aus rechtstaatlichen Gründen nicht gleichgültig sein.

¹ vgl. dazu auch Strzyz S. 58 ff; Müller-Dietz Anm. zum Urteil des BGH v. 3.10.1979 - 3 StR 264/79 in: JR 1981, 76; Rissel, Diss. jur. Marburg 1980, S. 99f

Damit ist keine der beiden Zielsetzungen ungehindert durchsetzbar, und keine genießt schlechthin den Vorrang vor der anderen. Weder darf die Zielsetzung der Allgemeinheit ohne Rücksicht auf die Grundrechte des Beschuldigten durchgesetzt werden, noch erfordert eine Beeinträchtigung des Anliegens des Beschuldigten ein Zurückweichen jener Intention.

Es entsteht vielmehr ein Spannungsverhältnis: das von einer effektiven Strafrechtspflege abhängige Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit kollidiert mit dem von umfassender Verteidigung abhängigen Interesse an keiner, bzw. milder Bestrafung des Beschuldigten.

In diesem Spannungsverhältnis steht der Verteidiger als Wahrer sowohl des Partei- als auch des öffentlichen Interesses.

Die Untersuchung des Inhalts der Verteidigung hat gezeigt, daß die beiden Verteidigerfunktionen - die private und die öffentliche - als solche nicht gegenläufig sind, jedoch die hinter ihnen stehenden Zielsetzungen. Damit bleibt die Frage, inwieweit im Einzelfall der einen oder der anderen dieser Intentionen der Vorrang gebührt.

Ein Abgrenzungskriterium, das dem Verteidiger die nötige Rechtssicherheit bietet, ist damit auch allein mit der Festlegung des Inhalts der Verteidigung nicht zu erreichen.

3. KAPITEL: UNTERSUCHUNG DER IN RECHTSPRECHUNG UND
LITERATUR BEREITS VORHANDENEN LÖSUNGS-
ANSÄTZE ZUR DIFFERENZIERUNG ZWISCHEN
LEGITIMEM UND STRAFBAREM VERTEIDIGER-
HANDELN

In den vorangegangenen Erörterungen wurden die private und die öffentliche Funktion des Verteidigers detailliert beschrieben, sowie die Kollision der hinter diesen Funktionen stehenden Zielsetzungen ermittelt.

Der festgestellte Dualismus der Zielsetzungen, in deren Spannungsverhältnis der Verteidiger steht, wirft für die inhaltliche Ausgestaltung einer legitimen Verteidigung natürlich Probleme auf.

Nach Abschluß der notwendigen Vorarbeiten kann nunmehr auf die zentrale Frage - nach welchen Gesichtspunkten dieser Dualismus zu lösen ist, wann die Art der Strafverteidigung sich also als legal oder strafbar darstellt - übergegangen werden.

Fehlt es an der Kongruenz privater und öffentlicher Zielsetzungen, müssen beide nach einem einheitlichen Prinzip gegeneinander abgewogen werden.

Zunächst soll zur Auffindung eines derartigen Prinzips der Meinungsstand innerhalb Literatur und Rechtsprechung aufgezeigt werden, sowie die an der jeweiligen Ansicht geübte Kritik dargestellt werden. Auf dieser Basis kann dann die eigene Konzeption beschrieben werden.

1. TEIL: ÜBERGREIFENDE PRINZIPIEN ZUR ALLGEMEINEN ABGRENZUNG

Die Literatur und die Rechtsprechung, innerhalb der dieser Dualismus behandelt wird, ist vielfältig und soll nunmehr auf die Brauchbarkeit der bereits existierenden Abgrenzungskriterien und Lösungsansätze einer Prüfung unterzogen werden.

Da übergreifende Prinzipien idR eher dazu geeignet sind, Rechtssicherheit zu schaffen, sollen zunächst die starren Abgrenzungskriterien untersucht werden, bevor auf die Ansichten eingegangen wird, die eine kasuistische Aufzählung legitimen und strafbaren Verteidigerhandelns befürworten.

A. Extreme Positionen

Zunächst gibt es in der Rechtslehre Stellungnahmen, die vom grundsätzlichen Vorrang einer der beiden Verteidigerfunktionen und damit der dahinter stehenden Zielsetzung ausgehen. Im Unterschied zum vorangegangenen Kapitel werden hier die allgemeinen Ausführungen zur Stellung des Verteidigers verlassen und konkrete Grenzlinien zur Differenzierung legalen und strafbaren Verteidigerhandelns untersucht.

Folge dieses Lösungsansatzes ist entweder ein extrem enger oder aber ein extrem weiter Handlungsspielraum des Verteidigers, weshalb die ersten zu untersuchenden Ansichten hier als sog. "extreme

Positionen" bezeichnet werden.¹

I. Eingeschränkte Verteidigerstellung

1. Genereller Vorrang des öffentlichen Interesses

Der Lösungsansatz Frydmanns ist an der öffentlichen Komponente der Verteidigerfunktion ausgerichtet.² Frydmann als Vertreter des älteren Schrifttums sieht im Verteidiger in erster Linie ein Organ des öffentlichen Rechts. Danach ist der Verteidiger Faktor des Rechtslebens und der allgemeinen Rechtssicherheit, der eine große soziale Aufgabe erfüllt, wobei Frydmann ausdrücklich seine untergeordnete Stellung als Berater und Verteidiger des Individuums betont.³

Im heutigen Schrifttum wird diese Ansicht jedoch nicht mehr vertreten. Der Handlungsspielraum des Verteidigers würde nach dieser Auffassung nämlich immens reduziert, da bei prinzipiellem Vorrang der öffentlichen Funktion, so wie sie hier festgesetzt wird, fast jede Verteidigerhandlung illegal und damit Tathandlung iSd § 258 Abs.1 StGB wäre.

Ein uneingeschränkter Vorrang des öffentlichen Interesses ist damit als Lösungsansatz nicht brauchbar.

¹ Die Lösungsansätze von Welp und Holtfort (vgl. oben 2. Kapitel, 1. Teil, DI2 und II1), die beide - wenn auch mit unterschiedlicher Begründung - eine öffentliche Komponente der Verteidigung ablehnen, sollen hier keine Berücksichtigung mehr finden, da die vorangegangene Untersuchung gezeigt hat, daß ihre bisherige Formulierung ungenau und nicht konsequent genug ist und damit zu einer Präzisierung nicht beitragen kann.

² vgl. Frydmann S. 79

³ ders. S. 81

2. Schuld des Mandanten als Abrenzungskriterium

Eine evidente Einschränkung des legalen Verteidigerhandelns nimmt auch eine zweite in der älteren Literatur vertretene Ansicht vor, die die Art des "Angriffs" auf den Beschuldigten und damit die tatsächliche Täterschaft des Beschuldigten zur Entscheidungsgrundlage macht.¹ Danach soll der Verteidiger nur den ungerechtfertigten, zu harten Angriff abwehren dürfen² und nie den Angriff bekämpfen, den er selbst nach Aktenlage für gerecht hält.³

Diese Ansicht verlagert jedoch bei einem Mandanten, der sich seinem Verteidiger nicht anvertraut, eine Entscheidung über dessen Schuld in die Sphäre des Verteidigers, der eine derartige Beurteilung zunächst nur nach Aktenlage vornehmen kann. Damit dürfte die Fehlerquote bzgl. der Einschätzung des Mandanten als schuldig, bzw. nicht schuldig, besonders hoch sein und die darauf basierende Verteidigerstrategie uneffizient. Weiterhin mißachtet diese Ansicht allgemeine prozessuale Grundsätze, insbesondere die Grundsätze der Unschuldsvermutung und der Justizförmigkeit des Verfahrens. Wie bereits erörtert, ist Ziel und Zweck des Strafverfahrens nicht die Bestrafung des Beschuldigten um jeden Preis, vielmehr geht es darum, daß dies in einem fairen justizförmigen Verfahren geschieht.⁴

¹ vgl. Beling § 43 III; Birkmeyer 2. Buch § 61 I

² Beling a.a.O.

³ Birkmeyer a.a.O.

⁴ zu Ziel und Zweck des Strafverfahrens vgl. oben 2. Kapitel, 2. Teil, A; zur Kritik an dieser Ansicht vgl. auch Stelter, Diss. jur. Köln 1932 S. 13

Damit sind beide Lösungsansätze, die das Interesse an der Effektivität der Strafrechtspflege derart überbetonen, als untaugliche Abgrenzungskriterien abzulehnen.

II. Extensive Verteidigerstellung

Die Betonung der Beistandschaft vergrößert im Gegensatz zur Betonung der öffentlichen Funktion den Bereich legaler Verteidigertätigkeiten selbstverständlich erheblich.

1. Genereller Vorrang der Beistandsfunktion

Sowohl in der älteren¹ wie in der heutigen Literatur², insbesondere in den einschlägigen Kommentierungen³ und in der Rechtsprechung⁴, taucht immer wieder die Formel auf, daß bei einer Kollision der sich aus der Doppelstellung ergebenden Interessen der Beistandsfunktion grundsätzlich der Vorzug zu geben sei.

Derartige Formulierungen lassen zunächst auf einen Vorrang der Beistandsfunktion schließen. Liest man jedoch die weiteren Ausführungen, wird deutlich, daß ein genereller Vorrang damit nicht gemeint ist.

¹ vgl. Grube, Diss. jur. Köln 1934 S. 6; Haferland, Diss. jur. Leipzig 1928 S. 15; Nickol, Diss. jur. Jena 1931 S. 15; Köhler, Diss. jur. Erlangen 1897 S. 67; Seibert JR 1951, 678 (679)

² vgl. Maurach-Schroeder BT-2, § 98 II 7 unter Berufung auf Köhler a.a.O.

³ vgl. Kleinknecht/Meyer § 137 Rdnr. 3; LK-Ruß § 258 Rdnr. 19

⁴ vgl. OLG Köln NJW 1975, 459 (460); OLG Frankfurt NStZ 1981, 144 (145)

Schon die Tatsache, daß die Dissertationen zu § 257 a.F. StGB dieser generellen Feststellung eine genaue Untersuchung der Möglichkeiten der Begünstigung durch den Verteidiger folgen lassen¹, zeigt, daß ihr keinerlei Bedeutung als allgemeines Abgrenzungskriterium zuzumessen ist. Auch innerhalb der Kommentarliteratur werden im folgenden so viele Einzelfälle bzw. Grenzfälle aufgelistet, die deutlich machen, daß es einen strikten Vorrang der privaten Funktion gar nicht gibt.²

Vielmehr muß innerhalb derartiger Formulierungen die Betonung bei den Worten "grundsätzlich"³ oder "im allgemeinen"⁴ gefunden werden.

Insgesamt kann damit dieser häufig benutzten Formulierung vom Vorrang der Beistandsfunktion nicht die Bedeutung eines Abgrenzungskriteriums zukommen.⁵

2. Das materielle Recht als Grenzlinie

Während bereits Frank festgestellt hat, daß der Verteidigung keine rechtlichen Grenzen gezogen seien, sofern es sich um Vertretung oder Unterstützung des Angeklagten handele⁶, will nunmehr auch I. Müller eine Strafbarkeit des Verteidigers nach § 258 Abs. 1 StGB nur annehmen, wenn gleichzeitig

¹ vgl. Grube a.a.O. S. 16 ff u. S. 15; Haferland a.a.O. S. 29 ff u. S. 15

² LK-Ruß a.a.O. Rdnr. 15 ff; Kleinknecht/Meyer a.a.O. Rdnr. 3 ff

³ so OLG Köln a.a.O.; Maurach-Schroeder a.a.O.

⁴ so Kleinknecht/Meyer a.a.O.

⁵ idS auch Beulke, Verteidiger S. 110, der diese Formulierung als verbalen Kraftakt ohne Folgewirkung bezeichnet; Strzyz S. 218

⁶ Frank § 257 V

ein anderer Straftatbestand erfüllt ist¹.

Damit wird die Einordnung einer Verteidigerhandlung als nicht mehr legitim von dem Verstoß gegen andere Straftatbestände, also einer materiellrechtlichen Bewertung nach dem Strafgesetzbuch, abhängig gemacht. Im Ergebnis läge entweder Straffreiheit des Verteidigers vor oder es würde zu einer 'Doppelstrafbarkeit', z.B. gem. §§ 267 Abs. 1, 258 Abs. 1 StGB, kommen.

Der gesetzliche Tatbestand des § 258 Abs. 1 StGB liefe damit jedoch leer.² Im Ergebnis ist I. Müller zwar zuzustimmen, daß nur eine formale Betrachtungsweise dem Verteidiger die erforderliche Rechtssicherheit bietet, also verhindert, daß § 258 Abs. 1 StGB "ständig als Damoklesschwert über dem Haupt des Strafverteidigers" schwebt³, jedoch ist dies ein Zweckmäßigkeitsergebnis und entbehrt jeglicher dogmatischen Begründung.

Außerdem besteht bei diesem Lösungsansatz die Gefahr großer Strafbarkeitslücken. Denn selbst wenn betont wird, daß es sich um Handlungen anlässlich der Strafverteidigung handeln muß⁴, bzw. um Vertretung oder Unterstützung des Angeklagten⁵, müßte nach dieser Ansicht konsequenterweise der Verteidiger, der zur Unterstützung des Angeklagten anlässlich der Strafverteidigung die Tatwaffe bei einer Augenscheinseinnahme am Tatort unbemerkt verschwinden läßt, mangels einschlägiger anderer Vorschriften im Strafgesetzbuch straflos sein.

¹ Müller, I. StrVert 1981, 90 (97)

² so auch SK-Samson § 258 Rdnr. 38a

³ vgl. Müller, I. a.a.O. S. 97; zum Bild des Damoklesschwerts vgl. Seibert JR 1951, 678 (679)

⁴ Müller, I. a.a.O.

⁵ Frank § 257 V

Somit ist auch dieser Lösungsansatz als Abgrenzungskriterium nicht brauchbar.

Damit sind die extremen Positionen, ausgerichtet an einem der beiden Pole der Verteidigerfunktion, als übergreifendes Prinzip zur Abgrenzung legalen und strafbaren Verteidigerhandelns insgesamt abzulehnen.

B. Subjektiv orientierter Standpunkt

Angesichts der Erkenntnis, daß die Grenze zwischen legaler Strafverteidigung und Strafvereitelung im objektiven Bereich schwer zu ziehen ist, hat insbesondere die ältere Rechtslehre versucht, die Grenzlinie im subjektiven Bereich zu finden. Teilweise versuchte auch die Rechtsprechung den Bezugspunkt für die Strafbarkeit in den subjektiven Bereich zu verlagern.

Hier werden insgesamt vier Lösungsansätze deutlich, innerhalb derer eine mehr oder weniger strenge subjektive Orientierung stattfindet.

I. Appell an die Ehre des Verteidigers

Zur Abgrenzung legalen und strafbaren Verteidigerhandelns läßt es eine Ansicht im älteren Schrifttum¹ - teilweise sinngemäß wieder aufgegriffen von

¹ Gerland S. 152; Glaser Bd. II S. 525; Suess S. 156; von Liszt DJZ 1901, 179 (180)

Peters¹ - zumindest bei den weniger eindeutigen Fällen² bei einem Appell an die Ehrenhaftigkeit des Verteidigers bewenden und rückt damit subjektive Kriterien wie Charakter und Takt in den Mittelpunkt.

Ausgehend von der Vermutung, daß es sowohl für die Gesetzgebung als auch für die Theorie und Praxis nicht möglich sein werde, stets brauchbare Kriterien für die Lösung des Pflichtenkonflikts im Einzelfall aufzustellen³, stellte man lediglich allgemeine Weisungen an Charakter, Gewissen, Takt und persönliche Würde des Verteidigers auf.⁴ Danach ist es eine Takt- und Charaktersache des Verteidigers, die richtige Entscheidung im Einzelfall zu treffen⁵, bzw. Sache der persönlichen Würde und taktischen Klugheit, den Anforderungen zu genügen, die an einen Verteidiger gestellt werden.⁶ So hält auch Berkenheide als Fazit seiner Untersuchung über die Grenzen anwaltlicher Strafverteidigung fest, daß nur eine sittlich gefestigte Persönlichkeit dem Beruf des Verteidigers gerecht werden kann.⁷

Diese Ansicht hat jedoch schon im älteren Schrifttum berechnigte Kritik erfahren.⁸ Bereits wegen der mangelnden inhaltlichen Bestimmtheit kann einer

¹ vgl. Peters, Strafprozeß § 29 I, der den Begriff "ethisch einwandfrei" benutzt

² vgl. dazu insbesondere von Liszt a.a.O.

³ so insbesondere Suess S. 156

⁴ Suess a.a.O.; Glaser a.a.O.; Gerland a.a.O.: von Liszt a.a.O.

⁵ so insbesondere Gerland a.a.O.; Suess a.a.O.

⁶ so insbesondere Glaser a.a.O.

⁷ Berkenheide, Diss. jur. Münster 1952 S. 174

⁸ vgl. Hofstetter, Diss. jur. Bern 1938 S. 51 und S. 55

derart unsicheren Grenzziehung nicht zugestimmt werden. Im Laufe der Jahre wechseln die sittlichen Anschauungen, sie als alleinigen Maßstab einsetzen, hieße Rechtsunsicherheit und Willkür Tor und Tür öffnen.¹

II. Die Intention des Verteidigers als Abgrenzungskriterium

Nicht nur ausschließlich zu dem hier zu untersuchenden Spannungsfeld, in dem der Verteidiger sich befindet, sondern vielmehr auch innerhalb allgemeiner Ausführungen zur Rechtswidrigkeit und zur Schuld finden sich im älteren Schrifttum Stellungnahmen, die ungeachtet der objektiven Lage einzig auf die dahinterstehende Intention des Handelnden abstellen.² Diese Tendenz ist auch neuerdings innerhalb der Rechtsprechung wieder hervorgetreten.³

Die Konsequenz dieser rein subjektiven Orientierung wird besonders deutlich an dem von von Bar angeführten Beispiel, wonach ein Beamter, der objektiv zu der vorgenommenen Verhaftung berechtigt ist, die Verhaftung jedoch aus persönlicher Rache an dem Verhafteten vornimmt, wegen Freiheitsberaubung strafbar sein soll.⁴

¹ so insbesondere Hofstetter a.a.O. S. 56; vgl. auch Beulke, Verteidiger S. 110; Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 89 f

² von Bar Bd. III S. 91; ähnlich Graf zu Dohna S. 134 u. S. 136, der entweder auf die objektive Rechtswidrigkeit oder bei Rechtmäßigkeit auf die Intention des Handelnden abstellt; Haug, Diss. jur. Tübingen 1939 S. 45

³ vgl. BGH NJW 1980, 64 (65); OLG Frankfurt NSTZ 1981, 144 (145)

⁴ vgl. von Bar Bd. III S. 91

Übertragen auf die hier vorliegende Problematik hat auch die Rechtsprechung bei einer an sich erlaubten Verteidigertätigkeit auf die Intention des Rechtsanwalts abgestellt.¹ So hat der Bundesgerichtshof in der angeführten Entscheidung das Verteilen von Fotokopien als eine erlaubte Verteidigertätigkeit angesehen, diesen Grundsatz jedoch für den Fall eingeschränkt, daß dieses dem äußeren Anschein nach statthafte Verteidigerhandeln in Wirklichkeit dem Ziel diene, einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung zu helfen.² Danach ist es also möglich, einen Verteidiger, der sich objektiv im Rahmen seiner Befugnisse hält, allein wegen seiner damit verbundenen Intention nach § 258 Abs. 1 StGB zu bestrafen.

Ein Verfechter der rein subjektiven Theorie ist auch Haug, der die Möglichkeit einer Grenzziehung nach rein objektiven Maßstäben generell leugnet.³ Er betont ausdrücklich, daß ein rein subjektives Moment, nämlich die innere Willensrichtung des Verteidigers, für die Bestimmung der Verteidigungsgrenzen maßgebend ist.⁴ Abzustellen sei allein auf die Überzeugung des Verteidigers von der Pflichtgemäßheit seines Tuns.⁵

Ähnlich zu verstehen ist wohl auch die neuerdings von Laufhütte benutzte Formulierung mit vorrangig subjektiver Tendenz, daß der Verteidiger Maßnahmen zu unterlassen habe, deren Ziel die Behinderung der Rechtspflege ist.⁶

¹ BGH NJW 1980, 64 (65); OLG Frankfurt NStZ 1981, 144 (145)

² BGH a.a.O.

³ Haug, Diss. jur. Tübingen 1939 S. 45 u. S. 49

⁴ Haug a.a.O. S. 45

⁵ Haug a.a.O.

⁶ vgl. KK-Laufhütte Vor § 137 Rdnr. 5

Den hier aufgeführten Ansichten ist gemeinsam, daß sie die Strafbarkeit des Verteidigers vom Intentionsunwert seiner Handlung abhängig machen wollen.

Zwar hat sich über die finale Handlungslehre und später auch unter dem Einfluß der sozialen Handlungslehre die Lehre vom Handlungsunrecht durchgesetzt und gewinnt die Frage nach den Absichten und Beweggründen des Täters unter dem Aspekt der Mißachtung des Rechts wesentliche Bedeutung.¹ Eine rein subjektive Betrachtungsweise verabsolutiert jedoch diesen Aspekt. Die Entwicklung der personalen Unrechtsauffassung darf nicht so weit gehen, daß die objektiven Handlungsmerkmale für die Unrechtsbegründung entbehrlich sind.

Es ist nicht allein der verbrecherische Wille, auf den es ankommen kann. Bliebe nämlich die objektive Komponente für die Bemessung des strafrechtlichen Unrechts außer acht, so wäre es - allein auf den Intentionsunwert abstellend - gleichgültig, welche Handlung der Verteidiger objektiv vornimmt, und die Grenzen zwischen Wahndelikt und Versuch sowie strafloser Vorbereitungs- und strafbarer Versuchshandlung würden verwischt. Der Unwert der Tat und damit die Strafbarkeit des Handelnden würden sich nur auf die Betätigung des deliktischen Tatent schlusses gründen.

Damit ist eine rein subjektive Definition des Handlungsunwerts als Intentionsunwert des Verhaltens abzulehnen.²

¹ Zum strafrechtlichen Unrechtsbegriff vgl. Maurach/Zipf AT Tb - 1 § 17 I

² im Ergebnis ebenso, jedoch mit dem vorschnellen Vorwurf der Gesinnungsrichterei: Bottke, Anm. zum Urteil des BGH vom 3.10.1979 - 3 StE 264/79 in: JA 1980, 448; Roxin, Strafverfahrensrecht § 19 E II; Heinicke S. 474; ebenfalls ablehnend Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1967 S. 33; Müller-Dietz JR 1981, 76 (77)

Gegen die Intention des Verteidigers als Abgrenzungskriterium sprechen außerdem die beweistechnischen Probleme, die eine derartige Grenzlinie mit sich bringt. Die innere Einstellung eines Handelnden ist erfahrungsgemäß schwerer nachweisbar als ein objektives Handlungsmerkmal.

III. Das 'Bewußtsein' als Grenzlinie

Eine weitere Differenzierung im subjektiven Bereich haben das Reichsgericht¹ und neuerdings das OLG Düsseldorf², allerdings für den Bereich der Teilnahme durch eine Rechtsauskunft des Verteidigers, vorgenommen.

Da auch die Strafvereitelung, § 258 Abs. 1 StGB, trotz eigenen Unrechtsgehalts eine Unterstützungshandlung im weitesten Sinn darstellt³, soll untersucht werden, ob der von der Rechtsprechung entwickelte Gedanke als taugliches Abgrenzungskriterium herangezogen werden kann.

Das Reichsgericht führt aus, daß trotz Kenntnis der fördernden Wirkung das Förderungsbewußtsein des Verteidigers fehlen könne, nämlich dann, wenn er nur seinem Beruf nachgehen und gerade nicht auf Handlungen des Beschuldigten einwirken wolle.⁴

Das Reichsgericht hat damit, obwohl es im Rahmen des Gehilfenvorsatzes nicht um eine besondere Intensität des Wissens geht, einen weiteren Begriff in die Prüfung der subjektiven Tatseite eingeführt

¹ vgl. RGSt 37, 321 (323)

² vgl. OLG Düsseldorf NStZ 1984, 29

³ LK-Ruß Vorbem. §§ 257 - 262 Rdnr. 2

⁴ RGSt 37, 321 (323)

- das "Bewußtsein". Würde man dem Reichsgericht in seiner Argumentation folgen, wäre damit auf § 258 Abs. 1 StGB übertragen, die Frage nach einem sog. 'Vereitelungsbewußtsein' zu stellen, wobei jedoch die allgemeine Definition des Vorsatzes als Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung¹ nicht außer acht gelassen werden darf.

Dabei ist festzustellen, daß - wie das Reichsgericht selbst in einer anderen Entscheidung deutlich erkennen läßt² - nach herrschender Meinung eine Unterscheidung zwischen 'Bewußtsein' und 'Wissen' im rechtlichen Sprachgebrauch nicht erfolgt.³

Ein Verteidiger, der um die eine Strafe vereitelnde Wirkung seines Handelns weiß, hat damit auch gleichzeitig immer das diesbezügliche Bewußtsein. Die Kenntnis der Vereitelungswirkung ist identisch mit dem Vereitelungsbewußtsein, letztes kann gar nicht im Hinblick auf die Berufswahrnehmung ausgeklammert werden. Zwar wird der Verteidiger in vielen Fällen über die routinemäßige Berufswahrnehmung hinaus auch noch Interesse an der Förderung zeigen. Dies ist jedoch innerhalb des Tatbestandsmerkmals der besonderen in § 258 Abs. 1 StGB geforderten Absicht zu prüfen.

Damit führt auch der Begriff 'Bewußtsein' nicht zu einer sinnvollen Trennlinie zwischen legalem und strafbarem Verteidigerhandeln.

¹ h.M., vgl. S/S-Cramer § 15 Rdnr. 12-14; Wessels AT § 7 I 1; Jescheck LB § 29 II 2 m.w.N.

² vgl. RGSt 5, 140 (142)

³ vgl. S/S-Cramer § 15 Rdnr. 13 Rdnr. 50-52; Bay ObLG NJW 1977, 1974

IV. Der Solidarisierungseffekt

Zur Festlegung strafbaren Handelns im Rahmen des § 258 Abs. 1 StGB ziehen Lenckner¹ und ihm folgend Rudolphi² den Gesichtspunkt der Solidarisierung heran.

Der Solidarisierungsgedanke dient in erster Linie im Bereich der Beihilfe zur Abgrenzung.³

Danach liegt das Unrecht der Teilnahme nicht nur in der Mitverursachung der Haupttat, sondern auch darin, daß der Teilnehmer sich durch sein Tun mit fremdem Unrecht solidarisiert.⁴

Da auch § 258 Abs. 1 StGB - wie bereits erwähnt⁵ - trotz eigenen Unrechtsgehalts eine nachträgliche Teilnahmehandlung im weitesten Sinne darstellt⁶, könnte der Solidarisierungsgedanke evtl. auch hier als brauchbare Trennlinie dienen.

Auf § 258 Abs. 1 StGB bezogen, verlangen Lenckner und Rudolphi, daß es dem Strafvereitler um Solidarisierung mit dem Vortäter gehe.⁷ Dabei wird die Art der Unterstützung nach Tatbegehung dahingehend eingegrenzt, daß es sich um vom Vortäter bei Begehung der Tat kalkulierbare Hilfen handele, die diesen im Vertrauen auf die spätere Gewährung ermuntern könnten, die geplante Tat nun auch tatsäch-

¹ vgl. Lenckner in: GS für Schröder S. 339 (356)

² vgl. Rudolphi JuS 1979, 859 (862)

³ vgl. Vogler in: FS für Heinitz S. 295 (309)

⁴ Vogler a.a.O.

⁵ vgl. oben Punkt III

⁶ vgl. LK-Ruß Vorbem. §§ 257-262 Rdnr. 2

⁷ vgl. Lenckner in: GS für Schröder S. 339 (356);
Rudolphi JuS 1979, 859 (862)

lich zu begehen.¹

Dies sei bei einem unentschuldigt ausbleibenden Zeugen gerade nicht der Fall, da dieser nicht zu dem Zweck handele, dem Straftäter zu helfen, sondern aus ganz anderen Motiven. Aus der Sicht des Vortäters handele es sich vielmehr um rein zufällige Hilfen, die gerade nicht seinen Entschluß zur Begehung der Vortat fördern könnten.²

Lenckner unterscheidet die Arten der Hilfeleistung: Während eine Bestrafung nach § 258 Abs. 1 StGB offensichtlich unangemessen sei, wenn die Angehörigen des Opfers den Angeklagten in der Verhandlungspause krankenhausreif schlagen, wohl wissend, daß dieser nun wohl Monate verhandlungsunfähig sei, müsse etwas anderes gelten, wenn der um Hilfe gebetene Freund dem Vortäter sein Fahrzeug leihe.³ Beiden Handlungen sei gemeinsam, daß sie losgelöst alltägliche bzw. sozialadäquate Handlungen darstellten, so daß eine Differenzierung nach der Art der Handlung nicht erfolgen könne. Entscheidender Unterschied sei hier vielmehr der im ersten Fall fehlende und im zweiten Fall vorhandene Solidarisierungseffekt.⁴

Auch das OLG Koblenz hat im Rahmen einer Entscheidung zur Vollstreckungsverweigerung auf den Solidarisierungsgedanken zurückgegriffen.⁵

Der Solidarisierungsgedanke ließe sich zweifellos auf Tätigkeiten des Verteidigers übertragen, um z.B. zu erklären, daß in der zutreffenden Auskunft über die Rechtslage mangels Solidarisierung mit dem

¹ Rudolphi a.a.O., S. 861

² Rudolphi JuS 1979, 859 (861)

³ Lenckner in: GS für Schröder S. 339 (355)

⁴ ders. a.a.O. S. 356

⁵ OLG Koblenz NJW 1982, 2785 (2786)

Unrecht des Täters für den Verteidiger keine Strafreitelung in Betracht kommt, während strafbares Handeln bei der Hilfe zur Flucht aufgrund dann vorhandener Solidarisierung vorliegt.

Eine Solidarisierung mit dem Vortäter soll nach den genannten Autoren bei einer absichtlichen Vereitelung stets, bei einer wissentlichen Vereitelung der Bestrafung nur dann zu bejahen sein, wenn der 'Helfer' zumindest auch aus Anlaß der Strafverfolgung und - ohne daß es ihm auf diese deshalb anzu kommen braucht - im Hinblick auf die Strafreitelung handelt.¹

Ist also die Vereitelung der gesetzmäßigen Bestrafung nur die (nicht beabsichtigte) sichere Nebenfolge des Verhaltens, so liegt darin eine Strafreitelung nur dann, wenn dem Täter diese sichere Nebenfolge auch erwünscht ist.²

D.h., der Gedanke der Solidarität mit dem Vortäter wird lediglich herangezogen, um einer Ausuferung der Strafbarkeit nach § 258 Abs. 1 StGB durch das Merkmal 'wissentlich' entgegenzutreten.³

Auch wenn der Lösungsansatz insofern überzeugend ist, als er im Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit nur Verhaltensweisen erfaßt, die einen bestimmten Bezug zu dem unwerten Zustand haben, vor dem das Rechtsgut geschützt werden soll, kann dieser Gedanke nicht als taugliches Abgrenzungskriterium herangezogen werden.

Mag man auch in den von Lenckner gewählten Beispielen zu eindeutigen Ergebnissen gelangen, darf man

¹ vgl. Lenckner a.a.O. S. 237; Rudolphi a.a.O. S. 862

² so insbes. Rudolphi a.a.O.

³ vgl. Lenckner a.a.O., S. 355 f.

doch nicht verkennen, daß dort eine Solidarisierung mit dem Täter ohnehin klar auf der Hand liegt. Bei vollkommen indifferenten Handlungen, wie z.B. Weitergabe des Akteninhalts seitens des Verteidigers an den Mandanten, wirft der sog. Solidarisierungseffekt Probleme auf.

Abgesehen davon, daß der Solidarisierungsgedanke nur bei wissentlichem Handeln als Abgrenzungskriterium herangezogen wird, sind einer Verschiebung des Unrechts auf die subjektive Seite - so wie sie auch hier vorgenommen wird - dieselben Bedenken entgegenzuhalten, wie dem bereits untersuchten Lösungsansatz bzgl. des Intentionsunwerts.

Damit sind dieser Theorie im Prinzip dieselben Einwände entgegenzuhalten wie der rein subjektiven Theorie.¹

Damit müssen sämtliche Versuche einer subjektiv orientierten Abgrenzung als gescheitert angesehen werden. Die subjektive Zielsetzung des Verteidigers kann für sich allein keinen ausschlaggebenden Einfluß auf die Rechtmäßigkeit seiner Handlungen haben. Dagegen spricht in erster Linie der zu große Unsicherheitsfaktor, den die Ermittlung der Motive, von denen der Verteidiger sich hat leiten lassen, in der Praxis mit sich bringt. Zum einen würde das Gericht dabei sehr schnell in Beweisnot geraten, zum anderen besteht die Möglichkeit vorschneller Feststellungen seitens des Gerichts, daß nach seiner Überzeugung die zur Bejahung der Strafbarkeit erforderliche Gesinnung des Verteidigers vorliegt. Damit besteht die Gefahr einer unangemessenen Ausdehnung des Tatbestands, weil auch völlig

¹ vgl. oben Punkt II

ungefährliche Handlungen erfaßt werden können.¹

C. Prozessual orientierter Standpunkt

Der Grundtenor sowohl der Entscheidungen, die die Strafvereitelung durch einen Verteidiger betreffen, als auch der wohl überwiegenden Literaturmeinung verweist bezüglich der Frage nach dem zulässigen Handlungsspielraum entweder generell oder mit gewissen Einschränkungen auf das Prozeßrecht.

I. Prozeßordnungswidrigkeit als Grenzlinie

Die erste der beiden großen Gruppen, die sich hier unterscheiden lassen, arbeitet mit der Prozeßordnungswidrigkeit als Trennlinie. Danach soll das Verhalten des Verteidigers, soweit er prozessual zulässig handelt, nicht tatbestandsmäßig iSd § 258 Abs. 1 StGB sein², bzw. sollen die Grenzen der

¹ insgesamt ablehnend gegenüber einer, wie auch immer gearteten, subjektiven Abgrenzung: Samson JA 1982, 181 (183); Müller-Dietz JR 1981, 76 (77); Frisch JuS 1983, 915 (917); Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1967 S. 33; Strzyz S. 212 f

² vgl. BGHSt 2, 375 (377f); BGH wistra 1982, 231; Pfeiffer DRiZ 1984, 341 (348); S/S-Stree § 258 Rdnr. 20; LK-Ruß § 258 Rdnr. 19; SK-Samson § 258 Rdnr. 38; Lackner § 258 Anm. 2c; Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 15; Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1967 S. 6, S. 64; Pramann, Diss. jur. Hamburg 1964 S. 55; Anschütz, Diss. jur. Heidelberg 1959 S. 50f; Grube, Diss. jur. Köln 1934 S. 49; Lukanow S. 54; Gross ZRP 1974, 25 (30); Haffke NJW 1975, 808 (821); Eschen StrVert 1981, 365 (368); Rudolphi in: FS für Bruns S. 315 (332); Lüderssen in: FS für Sarstedt S. 145 (157); Niese S. 132; Welp ZStW 1978, 804 (818); Hassemer JuS 1980, 455 (456)

Strafverteidigung im überwiegenden Maße dem Prozeßrecht selbst zu entnehmen sein.¹

1. Differenzierung zwischen prozeßordnungsmäßigem
und prozeßordnungswidrigem Verteidigerhandeln

Gallas hat als erster umfassend dargestellt, daß der Kern des hier zu erörternden Problems ausschließlich prozessualer Natur ist.² Ihm folgt ein Großteil der Literaturmeinungen, die dahingehend zusammengefaßt werden können, daß sich die materielle Rechtmäßigkeit einer Verteidigungshandlung aus ihrer Prozeßordnungsmäßigkeit ergibt, bzw. umgekehrt eine Identität zwischen Prozeßordnungswidrigkeit und materiellem Unrecht besteht.³

Danach ist bzgl. des Verteidigerhandelns zu prüfen, ob es sich im Rahmen der Normen der Strafprozeßordnung hält. Logischer Ansatzpunkt ist die Erkenntnis, daß durch das Strafrecht nicht verboten sein kann, was prozessual zulässig ist.

Vom Grundtenor erscheint diese in der Literatur so häufig benutzte Formulierung richtig, da es einen Widerspruch innerhalb der Rechtsordnung bedeuten

¹ vgl. Beulke, Verteidiger S. 98f; Heinicke S. 469; Seier JuS 1981, 806 (808)

² vgl. Gallas ZStW 1934, 256 (257)

³ vgl. S/S-Stree § 258 Rdnr. 20; LK-Ruß § 258 Rdnr. 19; SK-Samson § 258 Rdnr. 38; Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1967 S. 6, 64; Pramann, Diss. jur. Hamburg 1964 S. 55; Anschütz, Diss. jur. Heidelberg 1959 S. 50f; Grube, Diss. jur. Köln 1934 S. 49; Lukanow S. 54; Gross ZRP 1974, 25 (39); Haffke NJW 1975, 808 (812); Eschen StrVert 1981, 365 (367); Rudolphi in: FS für Bruns S. 315 (332); Lüderssen in: FS für Sarstedt S. 145 (157); Niese S. 132; Welp ZStW 1978, 804 (818); Hassemer JuS 1980, 455 (456); Beulke, Verteidiger S. 98 f; Heinicke S. 469; Pfeifer DRiZ 1984, 341 (348); auch in der Rechtsprechung taucht diese Formulierung auf: BGH wistra 1982, 231; BGHSt 2, 375 (377 f)

würde, wenn ein bestimmtes Verteidigerhandeln einerseits prozessual zulässig, andererseits materiell rechtswidrig sein sollte. Aus dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung könnte dieser Lösungsansatz - die Wahrnehmung von Befugnissen, die die Strafprozeßordnung dem Verteidiger einräumt, stellt keine Strafvereitelung dar - durchaus eine Trennlinie zwischen legalem und strafbarem Verteidigerhandeln bilden. Die Bestimmung der Prozeßordnungswidrigkeit wäre dann allein ein prozessuales Problem, so daß Folgerungen für den Tatbestand der Strafvereitelung und die Grenzen der Verteidigung rein akzessorischer Natur wären.

Anhand des von Ostendorf gebildeten Beispiels - Vernichtung der Tatwaffe durch den Verteidiger¹ - wird allerdings die Unzulänglichkeit der prozessualen Zulässigkeit bzw. umgekehrt der Prozeßordnungswidrigkeit als Abgrenzungskriterium besonders deutlich.

Ostendorf weist darauf hin, daß dem Verteidiger die Vernichtung der Tatwaffe - eine Handlung, die bei Verursachung des Erfolges unstreitig eine Strafvereitelung darstellt - aufgrund fehlender Normen in der Strafprozeßordnung verfahrensrechtlich erlaubt sei.²

Danach stellt sich für ihn der Grundsatz prozeßordnungsgemäßen Verhaltens so dar, daß der Verteidiger allein darauf beschränkt ist, keine verfahrensrechtlich verbotenen Handlungen vorzunehmen.

Ob eine vorgenommene Begrenzung der prozeßordnungswidrigen Handlungen nur auf solche, die positiv verboten sind, richtig ist, oder aber hier auch umgekehrt Handlungen erfaßt werden müssen, die

¹ vgl. Ostendorf NJW 1979, 1345 (1349)

² vgl. ders. a.a.O.

nicht positiv erlaubt sind, läßt sich aus dem Prozeßrecht selbst nicht beantworten, da in der Strafprozeßordnung weder unmittelbar verankerte Verbote noch Erlaubnisse für den Verteidiger zu finden sind.¹

Auch wenn gelegentlich der Eindruck erweckt wird, § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO stelle eine das Verteidigerhandeln einschränkende Grenze dar,² wonach ihm die Handlungen verboten sein sollen, die bei Vornahme durch den Beschuldigten aus dem Gesichtspunkt der Verdunkelungsgefahr zu dessen Verhaftung führen würden, läßt sich mit diesem Haftgrund keine Begrenzung der Handlungsfreiheit des Verteidigers begründen.

Die Untersuchungshaft zählt zu den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen. Die Möglichkeit, Zwangsmaßnahmen auch gegenüber Dritten vorzunehmen, ist im Gesetz ausdrücklich normiert, vgl. z.B. §§ 81c, 94, 95 oder 103 StPO.

Bei der Untersuchungshaft handelt es sich jedoch um eine Zwangsmaßnahme einzig gegen den Beschuldigten. Die Verhängung der Untersuchungshaft gegen Dritte ist nicht vorgesehen, so daß der Verteidiger von § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO gerade nicht erfaßt wird.

Darüber hinaus enthält § 112 StPO einen Eingriffstatbestand und keinen Verbotstatbestand. Die Untersuchungshaft und damit § 112 StPO dient im Erkenntnisverfahren dem Ziel, die Anwesenheit des Beschuldigten im Strafverfahren zu sichern, als auch dem Ziel, eine ordnungsgemäße Tatsachenermittlung durch die Strafverfolgungsorgane zu gewährleisten. Andere

¹ vgl. oben 1. Kapitel, 1. Teil B

² vgl. z.B. Dreher/Tröndle § 258 Rdnr. 7; S/S-Stree § 258 Rdnr. 20; OLG Köln NJW 1975, 459 (460); idS auch BGHSt 2, 375 (377)

Ziele werden hier nicht verfolgt.¹

Damit kann § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO aus beiden Erwägungen heraus nicht der Charakter eines den Verteidiger betreffenden Verbotstatbestandes zukommen.²

Da der Strafprozeßordnung weder bzgl. des Bereichs des Zulässigen noch des Unzulässigen insoweit klare Aussagen zu entnehmen sind, fallen auch die Stellungnahmen in der Literatur bzgl. der Beurteilung unterschiedlich aus.³

Solange diese entscheidende Frage nicht geklärt ist, verbleiben - unabhängig von den Grenzen der Verteidigung - Unklarheiten, was allgemein unter prozessualer Zulässigkeit zu verstehen ist.

Im weiteren stellt sich bzgl. dieses Abgrenzungskriteriums die Frage, inwieweit bzgl. der Verteidigung der Begriff der prozessualen Zulässigkeit tatsächlich von materiellrechtlicher Relevanz ist. Während das Prozeßrecht den Gang und die Regeln der Gewinnung eines richterlichen Urteils bestimmt, regelt das materielle Recht, mit welchen Handlungen der Einzelne seine Interessen durchsetzen darf, d.h., es werden Rechte und Pflichten im Raum der sozialen Lebensinteressen bestimmt.⁴ Aufgrund dieser verschiedenen Regelungsbereiche besteht im Prozeßrecht - wenn auch die Terminologie bzgl. der Wertung der Prozeßhandlungen unterschiedlich ist - zumindest darüber Einigkeit, daß grundsätzlich aus der prozessualen Bewertung einer Prozeßhandlung

¹ Roxin, Strafverfahrensrecht § 30 A I

² im Ergebnis ebenso Strzyz S. 187 ff.

³ vgl. oben S. 1 ff. und 1. Kapitel, 1. Teil B

⁴ vgl. Eb. Schmidt Lehrkom. I Rdnr. 33 m.w.N.

keine Folgerung für das materielle Recht zu ziehen ist.¹

Die von Strzyz dazu aufgeführten Beispiele machen besonders deutlich, daß grds. keine materiellrechtliche Relevanz der prozessualen Zulässigkeit besteht:

- Beantragt der Staatsanwalt in der Hauptverhandlung in dem sicheren Wissen einen Unschuldigen zu treffen, die Vernehmung eines den Angeklagten belastenden Zeugen, handelt er prozessual zulässig, soweit sein Beweisantrag nur den Voraussetzungen des § 244 StPO entspricht. Materiellrechtlich erfüllt sein Handeln jedoch den Tatbestand des § 344 StGB.
- Während die verspätete Einlegung eines Rechtsmittels prozessual gem. § 319 Abs. 1 und 3 und § 346 Abs. 1 StPO unzulässig ist, hat diese Bewertung für das Strafrecht keine Bedeutung.²

Die gewählten Beispiele zeigen, daß eine zulässige Prozeßhandlung den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllen kann, während eine unzulässige Prozeßhandlung materiell-rechtlich vollkommen irrelevant sein kann.

Diese fehlende Akzessorietät des materiellen Rechts schließt jedoch noch nicht aus, daß eine Handlung, z.B. die richterlich angeordnete Blutentnahme, sowohl prozeßrechtlich als auch materiell-rechtlich gewertet werden kann, sog. doppel funktionelle Handlung.³ Die Blutentnahme ist, wenn sie gem. § 81a

¹ vgl. Peters, Strafprozeß § 33 I; Eb. Schmidt Lehrkom. I Rdnr. 55 ff.; Niese S. 65

² vgl. Strzyz S. 179

³ grundlegend dazu Niese S. 31 ff.; Peters a.a.O.

StPO zulässig ist, auch materiell rechtmäßig im Hinblick auf § 223 StGB.

Aus der prozessualen Bewertung von Verteidigerhandlungen könnten also höchstens dann Folgerungen für das Strafrecht gezogen werden, wenn ihnen ein sog. doppelfunktioneller Charakter zukommt.

Niese hat jedoch zutreffend gezeigt, daß doppelfunktionelle Prozeßhandlungen nur solche sind, die in einer öffentlich-rechtlichen Ermächtigungsgrundlage niedergelegt sind,¹ wie z.B. Beschlagnahme und Durchsuchung, §§ 94 ff. und §§ 102 ff. StPO.

Damit entfällt auf den Verteidiger bezogen der Anwendungsbereich der Lehre von den doppelfunktionalen Prozeßhandlungen, da es gerade keine Normen gibt, anhand derer die Grenzen der Verteidigung aufgezeigt werden können.²

Mit dem Hinweis auf die prozessuale Zulässigkeit bzw. die Prozeßordnungswidrigkeit des Verteidigerverhaltens handelt es sich also nur um eine scheinbare Lösung des Problems. Demgemäß wird dieses Kriterium von seinen Kritikern in der Literatur auch als terminologisch unsauber³ und als 'Leerformel'⁴ bezeichnet.

Die Grenze zwischen legaler Strafverteidigung und illegaler Strafvereitelung kann damit auch durch den prozeßrechtlich orientierten Standpunkt der herrschenden Meinung nicht gezogen werden.

¹ Niese S. 48

² vgl. zum ganzen auch Strzyz S. 182 ff.

³ Strzyz S. 186

⁴ Kühne § 8 Rdnr. 92

2. Der prozeßordnungswidrig herbeigeführte Vereitelungserfolg als Grundlage für die Strafbarkeit

Ausgehend vom prozeßordnungswidrig herbeigeführten Vereitelungserfolg nimmt Seier wie die herrschende Meinung¹ auch das Prozeßrecht in seine Überlegungen auf. Im Gegensatz zur herrschenden Meinung geht er jedoch davon aus, daß es für ein zulässiges Verteidigerhandeln nicht ausreichend sein kann, wenn der Verteidiger zu prozessual zulässigen und der Wahrheit entsprechenden Mitteln greift.² Nach der von Seier konstruierten Trennlinie ist vielmehr darauf abzustellen, daß infolge des Einsatzes zulässiger Mittel kein dem Recht zuwiderlaufender Vereitelungserfolg geschaffen werde, so daß das Rechtsgut des § 258 Abs. 1 StGB nicht verletzt werde.³

Eine, isoliert gesehen, erlaubte Handlung des Verteidigers soll durch Auslösen und Hinzutreten des schädigenden Erfolges zu einem objektiv unerlaubten Tun werden.⁴ Zur Differenzierung zwischen legalem und illegalem Verteidigerhandeln wird damit das Schwergewicht auf die Frage gelegt, ob das Verteidigerverhalten einen verwerflichen Erfolg herbeigeführt hat.⁵

Bereits Heinicke hat dieser Theorie zutreffend entgegengehalten, daß es einen prozeßordnungswidrigen Vereitelungserfolg als solchen - d.h. losgelöst von der Tathandlung - nicht gibt, sondern nur einen Vereitelungserfolg, der auf dem unzulässigen Ver-

¹ zur h.M. vgl. oben S. 100 Fn. 1 und 2

² vgl. Seier JuS 1981, 806 (808)

³ ders. a.a.O.

⁴ ders. a.a.O.

⁵ so ausdrücklich Seier a.a.O. S. 809

halten bestimmter Personen beruht.¹ Solange der Verteidiger legal handelt, setzt er sich ja gerade nicht in Widerspruch zu dem öffentlichen Interesse. Ein rechtmäßiges Verhalten eines Beteiligten im Strafprozeß kann die justizförmige Durchsetzung des Strafanspruchs nicht verletzen oder gefährden.

Auch das von Seier in Anlehnung an Müller-Dietz gewählte Beispiel des Kassiberschmuggels² ist nicht geeignet, seinen Lösungsansatz zu stützen. Der Verteidiger würde nämlich mit Schmuggeln eines nicht mit dem Verfahren in Zusammenhang stehenden Kassibers gegen die Anstaltsordnung verstoßen, so daß hierin ein unrechtmäßiges Verhalten seinerseits vorläge. Damit kann von diesem Beispiel nicht abgeleitet werden, daß infolge des Einsatzes rechtmäßiger Mittel kein dem Recht zuwiderlaufender Vereitelungserfolg geschaffen werde.³ Vielmehr stellt dieses gegen die Anstaltsordnung verstoßende Verhalten schon gar keine Handlung dar, die geeignet ist, die Strafe zu vereiteln.

Der Erfolgs- oder Kausalitätsgedanke kann, in der Weise wie Seier ihn einbringt, hier nicht entscheidend sein, so daß auch dieser Lösungsansatz kein taugliches Abgrenzungskriterium darstellt.

¹ vgl. Heinicke S. 473

² vgl. Seier a.a.O.

³ so aber Seier a.a.O.

II. Allgemeine Grundsätze des Prozeßrechts als Grenzlinie

Zur Bildung eines Abgrenzungskriteriums wird von einigen Autoren auf die dem Prozeßrecht immanenten Verfahrensgrundsätze zurückgegriffen und damit auch in erster Linie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts herangezogen.¹

1. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Rissel geht vom Freiheitsinteresse des Beschuldigten und vom Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit als gleichrangigen rechtlich geschützten Interessen aus² und versucht über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Lösung zu finden, wann und wie weit das eine Interesse im Falle des Widerstreits hinter dem anderen Interesse zurückzutreten hat.³ Bei der Definition des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes operiert Rissel bzgl. des Eingriffs in die Beschuldigteninteressen mit den Begriffen "Geeignetheit" und "Erforderlichkeit" und fordert, daß die den Beschuldigten treffende Belastung in einem vernünftigen Verhältnis zu dem Vorteil steht, der der Allgemeinheit aus der Strafverfolgungsmaßnahme erwächst.⁴

Bei einer derartigen Definition stellt sich im Rahmen der vorgenommenen Kritik an den bereits untersuchten Abgrenzungskriterien auch hier sofort die Frage nach der Rechtssicherheit.

¹ vgl. Rissel, Diss. jur. Marburg 1980 S. 99 ff; Bottke ZStW 1984, 726 ff; Strzyz S. 233 ff

² Rissel a.a.O. S. 99

³ ders. a.a.O. S. 102

⁴ Rissel a.a.O. S. 102

Auch Rissel selbst sieht die Nachteile, die die Anwendung dieses Grundsatzes mit sich bringt. So weist er selbst zutreffend darauf hin, daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz schwer zu bestimmende Merkmale enthält.¹ Sein Appell an den Rechtsstaat als ausschlaggebenden Faktor immer den Schutz der Freiheitssphäre vor Übergriffen der staatlichen Gewalt anzusehen², kann hier nicht weiterhelfen. Es geht um ein für die Verteidigung Rechtssicherheit schaffendes Abgrenzungskriterium, das durch eine höchst unsichere Fallgerechtigkeit nicht erreicht werden kann.

Auch vom dogmatischen Ansatz ist die Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Abgrenzungskriterium verfehlt. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als solcher wird nämlich nie selbst zur Abgrenzung herangezogen, sondern stellt lediglich ein Mittel zur Überprüfung der getroffenen Entscheidung als sachgerecht dar, d.h. er greift erst ein, wenn eine Abgrenzung bereits erfolgt ist, wobei er der Besserstellung des Einzelnen dienen soll.³ D.h. die gesetzlichen Voraussetzungen einer Norm - hier § 258 Abs. 1 StGB - werden überprüft und im Hinblick auf einen Eingriff in die persönliche Freiheit bejaht, erst dann folgt im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Güter- und Interessenabwägung, auf deren Fragwürdigkeit allerdings bereits hingewiesen wurde. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stellt damit nur ein grobes Notregulativ zur Beseitigung eklatanter Mißverhältnisse dar. Er ist kein Prinzip, das - etwa wie der Grundsatz praktischer Konkordanz - darauf abzielt, zwei Interessen (hier: Freiheitsinteressen des Verteidiger-

¹ Rissel, Diss. jur. Marburg 1980 S. 103

² ders. a.a.O.

³ Eb. Schmidt NJW 1969, 1137 (1141)

gers bzw. des Beschuldigten iSd Art. 2 Abs. 1 GG / dort: Strafverfolgungsinteressen) in einer Weise einander zuzuordnen, die beiden zu optimaler Wirksamkeit verhilft.

Um den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz von seinem dogmatischen Verständnis hier zur Anwendung gelangen zu lassen, müßte grundsätzlich erst einmal jedes Verteidigerhandeln eine Strafvereitelung darstellen - ein äußerst fragwürdiges und hier bereits abgelehntes Ergebnis¹ im Hinblick auf die Normierung des Instituts der Strafverteidigung in der Strafprozeßordnung.

Somit sind dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als alleinigem Abgrenzungskriterium noch viel grundlegendere Erwägungen entgegenzuhalten.

2. Prinzip des fair trial

Den obersten Grundsatz des Strafprozesses - das Prinzip des fairen Verfahrens² - zieht schließlich Bottke als allgemeines Abgrenzungskriterium heran.³

Ausgangspunkt Bottkes ist die Ablehnung der von Beulke⁴ vorgenommenen Heranziehung der §§ 137 Abs. 1 S. 2, 138, 138a Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3, 140ff, 146 und 147 StPO als Argumentationsgrundlage für den allgemeinen Rechtsgrundsatz, der Verteidiger sei auf die Achtung des Kernbereichs der Funktionstätigkeit der Rechtspflege und auf die Wahrheit ver-

¹ vgl. 1. Kapitel, 2. Teil C

² allgemein zu diesem Verfahrensgrundsatz: Roxin, Strafverfahrensrecht § 11 V

³ vgl. Bottke ZStW 1984, 726 ff

⁴ vgl. Beulke, Verteidiger S. 82 f, 89 f, 93 f, 144

pflichtet.¹ Zwar gibt Bottke zu, daß die angeführten Vorschriften der Strafprozeßordnung auch dem Bedürfnis effektiver Strafrechtspflege Rechnung tragen, jedoch liegt nach seiner Ansicht im weiteren ein Argumentationsdefizit vor. Er begründet dies mit der ausdrücklichen gesetzlichen Normierung der Wahrheitspflicht für Gericht und Staatsanwaltschaft in §§ 160 Abs. 3 und 244 Abs. 2 StPO, die im Hinblick auf die Verteidigung fehlt.² Um diese gefundene Lücke zu schließen, greift Bottke auf das Prinzip des fair trial zurück.³

Danach soll das Leitbild des fairen Strafverfahrens nicht nur die staatlichen Organe, sondern auch den Verteidiger an ein aus generalpräventiven Gründen unerläßliches Maß fairer Prozeßführung binden.⁴ Gleichzeitig mit einer Bejahung der Wahrheitsbindung des Verteidigers über das Prinzip des fair trial setzt sich Bottke auch selbst mit den möglichen Einwänden gegen seinen Lösungsansatz auseinander.⁵

Dabei liegt der wohl gravierendste Einwand gegen seine Theorie darin, daß die Anwendbarkeit des Grundsatzes des fair trial über die Beschränkung der staatlichen Organe im Prozeß hinaus, zur Einbindung des Verteidigers in die Wahrheitspflicht, diesen Grundsatz in sein Gegenteil verkehren würde.⁶

¹ Bottke ZStW 1984, 726 (749)

² ders. a.a.O. S. 749

³ ders. a.a.O. S. 750

⁴ ders. a.a.O. S. 752

⁵ ders. a.a.O. S. 753f

⁶ ders. a.a.O. S. 753

Bottke setzt diesem Einwand entgegen, daß die Idee des fairen Verfahrens komplexer Natur sei und nicht nur darin liege, die Belange des Beschuldigten zu stärken.¹ Er weist dabei auf den Schutz des Zeugen vor grundrechtswidrigen bloßstellenden Fragen, § 68a StPO, und auf den Schutz der Belange des Verletzten, §§ 172 ff StPO, hin.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die Verweisung auf den Zeugen und den Verletzten nicht ausreicht, um eine derartige Schlußfolgerung zu begründen, hier vielmehr von einem unzutreffenden Verständnis des fair trial-Grundsatzes ausgegangen wird.

Die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur betrachtet den Grundsatz des fairen Strafverfahrens als Korrektur des staatlichen Übergewichts in den Fällen lückenhafter Normierungen.² Der Gedanke, daß die Freiheitssphäre des Einzelnen vor willkürlichen oder übermäßigen staatlichen Eingriffen bewahrt werden soll, durchzieht den gesamten Strafprozeß.³ Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung den Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren bejaht.⁴ Ziel des fair trial-Prinzips ist in erster Linie die Abwehr übermäßiger staatlicher Eingriffe. Die komplexe Natur des Grundsatzes, die Bottke hervorhebt⁵, liegt gerade nicht in der Beschränkung des Einzelnen gegenüber dem Staat. Eine Beschränkung

¹ Bottke ZStW 1984, 726 (754f)

² BVerfGE 46, 202 (210); 41, 246 (249); 40, 95 (99); 39, 238 (243); 38, 105 (111); OLG Hamm GA 1974, 346; Roxin, Strafverfahrensrecht § 11 V 2; KK-Pfeiffer Einl. Rdnr. 18, Kleinknecht/Meyer Einl. Rdnr. 19

³ vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht § 2 B

⁴ BVerfGE 46, 202 (210); 41, 246 (249); 40, 95 (99); 39, 238 (243); 38, 105 (111)

⁵ Bottke ZStW 1984, 726 (754 f)

aufgrund dieses Grundsatzes gilt vielmehr für staatliche Machtmittel nicht nur gegenüber dem Angeklagten, sondern gegenüber jedem Betroffenen - so z.B. auch dem Zeugen¹ - und für die Verfahrensbeteiligten untereinander.

Im Zusammenhang mit der Stellung des Zeugen hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich festgestellt, daß das Prinzip des fairen Verfahrens es dem Betroffenen gewährleistet, Übergriffe staatlicher Stellen oder anderer Verfahrensbeteiligter angemessen abwehren zu können.²

Das zeigt, daß es bei Anwendung des fair trial Prinzips immer nur um eine Selbstbeschränkung staatlicher Mittel gegenüber dem Einzelnen oder aber die Beschränkung eines Verfahrensbeteiligten gegenüber dem anderen, aber niemals gegenüber dem staatlichen Verfolgungsapparat geht.³

Der Grundsatz des fair trial gibt damit nur dem in ein Verfahren - gleichgültig ob als Beschuldigter, Verletzter oder Zeugen - hineingezogenen Bürger Rechte und bindet den Staat.

Die umgekehrte Schlußfolgerung, daß der Staat aus ihm Rechte ableitet und den Bürger bindet, ist nicht anerkannt.

Auch der Lösungsansatz von Bottke ist damit abzulehnen.

¹ vgl. BVerfGE 38, 105 (111ff)

² BVerfGE a.a.O. S. 111

³ so LR-Schäfer Einl. Kap. 6 Rdnr. 16; vgl. auch KK-Pfeiffer Einl. Rdnr. 18

3. Beschuldigtenrechte und Funktion der Dialektik im Strafprozeß

Strzyz stellt auf den Verteidiger als Gegenspieler in der dialektischen Struktur des Strafprozesses ab.¹ Diese Funktion des Verteidigers versucht er zum einen durch die Beschuldigtenrechte² und zum anderen durch die Funktion der Dialektik im Strafprozeß³ zu begrenzen.

Ausgehend von einer Gegenspielerberechtigung, abgeleitet aus der Person des Beschuldigten, soll die Verteidigerbefugnis zum Ausgleich von Defiziten auf der Beschuldigtenseite nur soweit gehen, als sie im Rahmen dessen vorgenommen wird, was dem Beschuldigten selbst zugestanden ist.⁴ Damit will Strzyz die Beschuldigtenrechte auf die Verhaltensweisen des Verteidigers transformieren. Außer den gesetzlich normierten Fällen könne dieser nicht mehr Befugnisse haben als der Beschuldigte selbst.⁵

Die Relevanz seines Lösungsansatzes zeigt Strzyz anhand einzelner Verhaltensweisen des Verteidigers, wobei er sofort eine Ausnahme für den Fall der Gefangenenbefreiung macht.⁶ Strzyz klammert hier die Beschuldigtenrechte als Grundlage für legitimes Verteidigerhandeln aus, da die Haft "ein normativ gewolltes Defizit" darstelle, das der Verteidiger gerade nicht ausgleichen dürfe.⁷

¹ vgl. Strzyz S. 233

² ders. S. 234 ff

³ ders. S. 254 ff

⁴ ders. S. 234, S. 238

⁵ ders. S. 238

⁶ ders. S. 238

⁷ ders. S. 238

Wie vage seine Trennlinie im weiteren ist, wird deutlich, wenn er sich mit den Handlungen befaßt, die bei Vornahme durch den Beschuldigten einen Haftgrund darstellen.¹ Z.B. leitet er aus § 112 Abs. 2 Nr. 3b und c StPO ab, daß der Verteidiger sich in die Gefahr einer Strafvereitelung begeben, wenn er über das Maß rein objektiv-informatorischer Befragung von Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten außerhalb der Hauptverhandlung hinausgehe.²

Ob dem Beschuldigten mit dieser Regelung ein derartiges Verhalten überhaupt normativ abgeschnitten ist³, so daß hier aus diesem Grunde die Gegenspielerberechtigung des Verteidigers erlischt, soll hier nicht näher untersucht werden, vielmehr gilt es hier, das von Strzyz benannte Maß rein 'objektiv-informatorischer' Befragung zu durchleuchten. Eine Strafvereitelung müßte dann nämlich, da über das Maß objektiver Befragung hinausgehend, bereits vorliegen, wenn der Verteidiger dem Zeugen erklärt, daß er ihm angesichts seiner schwachen Sehkraft nicht glaubt, den Beschuldigten ohne Brille bei schlechten Sichtverhältnissen am Tatort erkannt zu haben. Daß damit eine gravierende Einengung der Verteidigerrechte vorgenommen würde, ist offensichtlich.

Strzyz erkennt zwar selbst die Vagheit seiner Abgrenzung, hält diese Unsicherheit jedoch für hinnehmbar.⁴ Allerdings ist die Begründung dazu nichts anderes als eine *petitio principii*. Eine Grenzlinie ist nicht brauchbar, wenn für sie als Argument herangezogen wird, daß es dem Verteidiger klar sein müsse, wann er sich bei Überschreitung der Grenzen

¹ ders. S. 239 f

² ders. S. 240

³ zur a.A. vgl. z.B. Puppe GA 1978, 289 (302)

⁴ Strzyz S. 240

objektiver Befragung in die Gefahr der strafbaren Vereitelungshandlung begeben.¹

Zu Ungereimtheiten führt auch die aus der Pflicht des Beschuldigten zur Anwesenheit in der Hauptverhandlung, § 230 StPO, abgeleitete Behauptung von Strzyz, sämtliche Verhaltensweisen des Verteidigers, die darauf hinausliefen, diese Pflicht zu unterlaufen, seien strafbar.²

Konsequenterweise zählt Strzyz zwar ebenfalls den Rat zur Flucht in ein Land, das nicht ausliefert, dazu,³ jedoch bleibt die Frage offen, inwieweit eine Auskunft, die in dem Beschuldigten die Idee zur Flucht hervorruft, bereits ebenfalls die Gegenspielerberechtigung des Verteidigers zum Erlöschen bringt. Sollte das der Fall sein, wäre der Einwand - derartige sei in einem Buch nachlesbar⁴ - den Strzyz mit der Begründung abweist, es handele sich um eine persönliche Stellungnahme des Verteidigers im Einzelfall, die gerade so nicht nachzulesen sei⁵, für den Fall der reinen Auskunft über derartige Länder, doch stichhaltig. Die bloße Antwort auf eine derartige Frage ist in der Tat in einem Buch nachzulesen. Da die reine Auskunft jedoch ebenfalls dazu führen kann, daß der Beschuldigte sich dem Verfahren entzieht, bleibt Strzyz auch hier eine Antwort bzgl. legitimen und strafbaren Verteidigerhandelns schuldig.⁶

¹ so aber Strzyz a.a.O.

² ders. S. 241

³ ders. S. 243

⁴ so z.B. Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1967 S. 35 Fn. 12

⁵ Strzyz S. 243

⁶ vgl. dazu auch Strzyz S. 98 ff

Als zusätzliche Begründung für das Verbot bestimmter Verhaltensweisen zieht Strzyz - wie bereits erwähnt - die Funktion der Dialektik im Strafprozeß heran.¹ Diesen weiteren Aspekt leitet er aus § 261 StPO, der Berechtigung und Verpflichtung des Gerichts ab, seine Überzeugung nur aus dem zu bilden, was Gegenstand der Hauptverhandlung geworden ist.² Verteidigerhandeln müsse demnach dort seine Grenze finden, wo es nicht mehr der Ermittlung der Wahrheit dienen könne. Dies sei außerhalb der Hauptverhandlung, da das Gericht dort getätigtes Verhalten nicht mehr in seine Synthese einfließen lassen könne und dürfe.³ Damit beschränkt Strzyz den Verteidiger darauf, sich in der Hauptverhandlung dialektisch zu verhalten, um dem Gericht so die Möglichkeit offen zu halten, die Wahrheit unter Berücksichtigung sowohl des Verteidigerhandelns als auch der durch sie verursachten Wirkungen zu ermitteln.⁴

Wenn Strzyz jedoch gerade diesen Aspekt heranziehen will, um die Weitergabe von Informationen bzgl. eines Haft- oder Durchsuchungsbefehls, gewonnen aus der Wahrnehmung des in § 147 StPO verankerten Akteneinsichtsrechts, als legales Verteidigerhandeln darzustellen, kann ihm bzgl. seiner Argumentation nicht zugestimmt werden. Er selbst erkennt, daß der Verteidiger mit derartigem Verhalten auf die Flucht des Beschuldigten hinarbeitet und damit - so Strzyz - gegen die gesetzlich normierte Pflicht des Beschuldigten, sich dem Verfahren zu stellen.⁵ Woraus Strzyz diese Pflicht ablesen will,

¹ Strzyz S. 254 ff

² ders. S. 256

³ ders. S. 256

⁴ ders. S. 257f

⁵ ders. S. 272

wird allerdings nicht deutlich. Die folgende Argumentation, daß er über die Person des Beschuldigten nur seinen dialektischen Part wahrnehme und den übrigen Prozeßstoff unberührt lasse, so daß es dem Gericht durch sein Verhalten nicht unmöglich wird, die Wahrheit zu finden,¹ kann nach seinen vorausgegangenen Feststellungen jedoch nicht zutreffen. Aus dieser Behauptung dann noch ein Recht des Beschuldigten auf Kenntnis jenen Akteninhalts abzuleiten, ist eine weitere *petitio principii*. Zum einen wird in der Praxis gerade die Mitteilung des Verteidigers an den Beschuldigten, die Akte beinhalte einen Haft- oder Durchsuchungsbefehl, dazu führen, daß dieser sich der Verhaftung entzieht bzw. Beweismittel vernichtet. Gerade dies ist jedoch eine außerhalb der Hauptverhandlung liegende Tätigkeit des Verteidigers, die es dem Gericht vielfach unmöglich machen wird, die Wahrheit zu ermitteln. Diese damit äußerst fragwürdige unbewiesene Feststellung dann auch noch als Beweisgrundlage für ein Recht des Beschuldigten auf Verschaffung jener Kenntnis heranzuziehen, stellt keine logische Konsequenz dar.

Der Lösungsansatz von Strzyz ist damit zu ungenau und widersprüchlich, so daß auch er nicht als allgemeines Abgrenzungskriterium geeignet ist. Damit können auch allgemeine Verfahrensgrundsätze zumindest nicht allein als taugliche Trennlinie zwischen legalem und strafbarem Verteidigerhandeln herangezogen werden.

¹ ders. S. 272 f

D. Funktionstüchtigkeit und Effektivität der Rechtspflege als Abgrenzungskriterium

Das Bundesverfassungsgericht sowie etliche Stimmen in der Literatur haben sich immer wieder in unterschiedlichen Zusammenhängen zur Begründung bestimmter Ergebnisse auf das Funktionieren der Strafrechtspflege wie auch auf den Kernbereich der Rechtspflege gestützt.¹ Um den Bereich strafbaren Verteidigerhandelns zu erfassen, könnten diese Begriffe herangezogen werden.

I. Die Notwehrthese

Als Lösungsansatz könnte die von Dahs zum Problem des Verteidigerausschlusses vorgebrachte Notwehrthese² dienen, der mittlerweile weitere Autoren folgen³.

Danach wird ein Verteidigerausschluß nur als zulässig erachtet, wenn sich die staatliche Rechtspflege gegenüber dem Strafverteidiger in einer Art Notwehrsituation befindet.⁴ Eine derartige Notwehrsituation soll nach Dahs dann vorliegen, wenn die

¹ vgl. BVerfGE 45, 272 (294); 41, 246 (250); 39, 153 (163); 38, 105 (115), 312 (321); 34, 293 (306f); 34, 238 (248); 33, 367 (383); 20, 144 (147), 45 (49); 19, 342 (347) BVerfG AnwBl 1977, 224; BVerfG NJW 1978, 2236; NJW 1977, 2355 (2356), 1487 (1491) und in der Literatur vgl. z.B. Dahs ZRP 1977, 164 (165); ders. NJW 1975, 1385 (1389); Beulke, Verteidiger S. 145 ff

² vgl. Dahs NJW 1975, 1385 (1389); ders. ZRP 1977, 164 (165)

³ vgl. Schreiber, J. DuR 1978, 51 (54); Seelmann NJW 1979, 1128 (1131)

⁴ vgl. Dahs a.a.O.; Schreiber, J. a.a.O.; Seelmann a.a.O.

Verteidigertätigkeit entweder eine schwerwiegende Gefährdung, einen unmittelbar drohenden oder aber einen gegenwärtigen Angriff gegen den Kernbereich der Rechtspflege oder des konkreten Strafprozesses darstellt.¹

Auf die vorliegende Fragestellung übertragen, könnte eine Grenzziehung zwischen legalem und strafbarem Verteidigerverhalten dort erfolgen, wo der Kernbereich der Rechtspflege berührt ist.

Dahs nimmt eine derartige, die Notwehrsituation hervorrufende Kernbereichsberührung immer dann an, wenn die Strafrechtspflege nicht nur erschwert, sondern entweder vollkommen lahmgelegt oder ins Gegenteil verkehrt, d.h. zum Angriff gegen ihren Bestand benutzt wird.² Da hiermit eine Definition des illegalen bzw. sog. prozeßordnungswidrigen Handelns erfolgt, nähert sich dieser Lösungsansatz dem hier anstehenden Problem der Grenzziehung zwar um einen wesentlichen Schritt. Jedoch bleibt Dahs auf dieser Ebene stehen und unterläßt - da seine Ausführungen sich in erster Linie auf den Ausschluß des Verteidigers und die Vereinbarkeit mit Art. 12 GG beziehen - eine weitere Spezifizierung.³

In bezug auf ein übergreifendes Abgrenzungskriterium bleiben damit auch hier noch Fragen offen, wann nämlich die sog. 'Lahmlegung' der Strafrechtspflege erfolgt. Der Begriff 'Lahmlegung' ist dehnbar und ermöglicht nahezu beliebige Ergebnisse. Im Endergebnis stellt damit auch dieser Lösungsansatz keine hinreichend konkrete und plausible Antwort nach einem übergreifenden Prinzip dar.

¹ Dahs a.a.O.

² ders. a.a.O.

³ vgl. Dahs a.a.O.

II. Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat in verschiedenen Zusammenhängen die Effizienz des Strafprozesses hervorgehoben und betont, daß aus dem Rechtsstaatsprinzip die Aufrechterhaltung und Sicherung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege folge.¹ Ausgehend von dem Grundsatz, daß dem staatlichen Strafrecht ein hinreichend effektives Strafverfahren entsprechen muß², fordert das Bundesverfassungsgericht hier eine Abwägung zwischen dem Beschuldigteninteresse einerseits und dem öffentlichen Interesse an der Effizienz des Strafprozesses andererseits. Immer wenn die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege durch die Beschuldigteninteressen ernstlich in Gefahr geriete, müsse die entsprechende Verteidigerhandlung unterbleiben, vielmehr sei der Verteidiger dann verpflichtet, die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege zu respektieren.³

Dieser vom Bundesverfassungsgericht benutzte Begriff der Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege ist zwar in der Literatur von einigen Autoren aufge-

¹ BVerfGE 45, 272 (294); 41, 246 (250); 39, 153 (163); 38, 105 (115), 312 (321); 33, 367 (383); 20, 144 (147), 45 (49); 19, 342 (347); BVerfG AnwBl 1977, 224; BVerfG NJW 1978, 2236; BVerfG NJW 1977, 2355 (2336)

Auf den in der Literatur entbrannten Streit darüber, ob das staatliche Interesse an der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege ein Element des Rechtsstaatsprinzips darstellt - so Ebert JR 1978, 136 (139) - oder nicht - so Grünwald, Anm. zum Beschluß des BVerfG vom 21.01.1976 - 2 BvR 941/75 in: JZ 1976, 767 (772f) - soll hier nicht eingegangen werden, da dieses Problem für die Frage der Tauglichkeit als Abgrenzungskriterium nicht relevant ist.

² idS auch Vogel NJW 1978, 1217 (1218)

³ vgl. insbes. BVerfGE 45, 272 (294); BVerfG NJW 1977, 1489 (1491), 2355 (2356)

griffen und als Anhaltspunkt herangezogen worden¹, jedoch ist dieser Terminus auch massiver Kritik ausgesetzt.²

Zwar ist dem Bundesverfassungsgericht selbstverständlich darin zuzustimmen, daß die Institutionen des Rechtsstaates, wozu auch eine effektive Strafrechtspflege zählt, Schutz bedürfen. Die Strafrechtspflege muß funktionstüchtig sein, um ihre Aufgaben erfüllen zu können. Es handelt sich damit um prinzipiell legitime Interessen, denn eine Ver- einseitigung auf den Schutz der Beschuldigteninter- essen würden den Rechtsstaat in seiner Existenz gefährden.

Jedoch werden bei einer derartigen Gegenüberstel- lung von Interessenpositionen die erheblichen Ge- fahren für den notwendigen Schutz des Beschuldigten vor dem Zugriff durch die Strafgewalt verkannt.

Zunächst ist nicht präzise bestimmt, welches die Mindestbedingungen der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege sind.

Allein der Rat, betont zurückhaltend bei der Ver- wendung des Begriffs der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege zu sein³ und äußerst vorsichtig zu verfahren, "damit der Rechtsstaat sich in der

¹ vgl. Schreiber in: Schreiber (Hrgb.), Reform S. 15 ff; Gössel ZStW 1982, 5 (26); Beulke, Vertei- digter S. 145 ff, der darauf seine Kernbereichs- these stützt, vgl. dazu unten III

² vgl. Dahs NJW 1975, 1385 (1387); Grünwald Anm. zum Beschluß des BVerfG vom 21.01.1976 - 2 BvR 941/75 in: JZ 1976, 767 (773); Riehle KJ 1980, 316 (318 ff); Hassemer StrVert 1982, 275 ff; Müller-Dietz ZStW 1984, 1177 (1186); Ulsenheimer GA 1975, 103 (105); Rudolphi ZRP 1976, 165 (172); Frohn GA 1984, 554 (560f); Ebert JR 1978, 136 (139); Niemöller/Schuppert AöR 1982, 389 (394 ff)

³ so Ebert JR 1978, 136 (139)

Tat nicht zu Tode schütze"¹, hilft hier nicht weiter.

Es handelt sich vielmehr um ein zu weit gefaßtes, unbestimmtes Kriterium. Es bleibt offen, wann das eine "Grundrecht" um des anderen "Grundrechts" willen in seinem Gehalt angetastet werden darf.²

Umgekehrt betrachtet wird die Strafrechtspflege bzw. -verfolgung immer um so funktionstüchtiger sein, je weniger Rechte die Verteidigung genießt.³ Damit besteht jedoch die Gefahr, daß die Betonung der funktionstüchtigen Strafrechtspflege sich zugunsten der Strafverfolgungsinteressen und zu Lasten des fairen und justizförmigen Verfahrens auswirkt.⁴

Verdeutlicht man sich, daß der Terminus 'Strafrechtspflege' Begriffe wie Gerechtigkeit, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit umfaßt, stellt sich die Frage nach der Gestaltung entgegengesetzter Interessen, die sich mit diesem Rechtsgut messen können.⁵ Bei einer derartigen Betrachtungsweise kann man in der Tat der Kritik Hassemers zustimmen, daß bei einer Abwägung dieser Rechtsgüter das Ergebnis von vornherein feststehe.⁶ Selbst wenn man diese Folgerung als zu weit ansieht, kann ein gewisser Vorteil der Staatsraison vor dem Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten nicht geleugnet werden.

¹ so Schreiber in: Schreiber (Hrgb.), Reform S. 15

² idS auch Dahs NJW 1975, 1385 (1387)

³ vgl. ders. a.a.O.

⁴ idS auch Strzyz S. 198; Dahs a.a.O.

⁵ vgl. Hassemer StrVert 1982, 275 (277)

⁶ vgl. ders. a.a.O.

Mag auch die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege für die hier zu erörternde Problematik ein entscheidender Gedanke sein - dem Verteidiger alle Rechte zugestehen, hieße einer Form der Strafverteilung den Weg ebnen und die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, auf die der Staat zur Regelung des menschlichen Miteinanders angewiesen ist, 'torpedieren' - so kann er sich jedoch nur mitbestimmend und nicht als alleiniger Gedanke auswirken.

Die Gefahr einer Überbewertung der staatlichen Interessen in der Praxis ist ansonsten vorprogrammiert, so daß auch der Begriff der 'Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege' nicht als allgemeines Abgrenzungskriterium herangezogen werden kann.

III. Die Kernbereichsthese

Beulke hat den Gedankengang des Bundesverfassungsgerichts von der Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege¹ sowie den Lösungsansatz von Dahs² aufgegriffen, um aus beiden ein übergreifendes Prinzip zur Differenzierung strafbaren und legalen Verteidigerhandelns zu entwickeln.³ Auch wenn Beulke die Verwandtschaft seiner Theorie zur Notwehrthese leugnet⁴, ist doch zumindest die Übernahme des Begriffs 'Kernbereich der Rechtspflege' erfolgt, den er nunmehr ausweitet.

Ebenso wie die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts geht auch seine Auffassung dahin, daß die

¹ vgl. dazu Ausführungen oben unter Punkt II

² vgl. dazu Ausführungen oben unter Punkt I

³ vgl. Beulke, Verteidiger S. 145 ff

⁴ vgl. ders. a.a.O. S. 147

freie Verteidigung nicht in eine völlige Lahmlegung der Funktionstüchtigkeit der Rechtsprechung ausufern darf, vielmehr sei der Verteidiger verpflichtet, den Kernbereich der Effektivität der Rechtspflege zu respektieren.¹

Bei der Anwendung der Kernbereichsthese differenziert Beulke zwischen Ermittlungs- und Hauptverfahren: Da die 'Störanfälligkeit' des Ermittlungsverfahrens besonders hoch sei, sei jede Gefährdung des Untersuchungszwecks durch Maßnahmen des Verteidigers ein Überschreiten der Grenzen zulässigen Verteidigerverhaltens². Demgegenüber stellten in der Hauptverhandlung nur schwerwiegende Eingriffe und nicht jede Gefährdung des Verfahrensziels eine Verletzung des Kernbereichs einer funktionstüchtigen Rechtspflege dar.³

Diesem Ergebnis kann so jedoch nicht zugestimmt werden. Wenn Beulke nämlich im Zusammenhang mit der Hauptverhandlung ausführt, daß ein Abraten von einer Selbstbezichtigung seitens des Verteidigers keine Kernbereichsverletzung darstellt⁴ und bzgl. des Ermittlungsverfahrens auf eine Korrektur dieser These verzichtet, so ist seine Differenzierung zwischen Ermittlungs- und Hauptverfahren nicht konsequent. Wenn Beulke im Ermittlungsverfahren eine Gefährdung des Untersuchungszwecks als Verletzung des Kernbereichs ausreichen läßt, müßte ein Abraten von einer Selbstbezichtigung in diesem Stadium des Verfahrens - worauf bereits Herrmann zutreffend hingewiesen hat⁵ - konsequenterweise

¹ Beulke a.a.O. S. 146

² ders. a.a.O. S. 147

³ ders. a.a.O. S. 149

⁴ ders. a.a.O. S. 154 f

⁵ vgl. Herrmann ZStW 1983, 104 (109)

unzulässig sein, denn jeder derartige Ratschlag kann bereits den Untersuchungszweck gefährden. Gerade im Ermittlungsverfahren besteht die Tätigkeit des Verteidigers in erster Linie in der Beratung. Eine derartige Differenzierung, wie Beulke sie vornimmt, wird damit der Praxis nicht gerecht. Vielmehr muß im gesamten Verfahren bzgl. Rat, Auskunft und Empfehlung dasselbe gelten.

Beulke betont selbst, daß es sich bei seiner Kernbereichsthese um ein äußerst vages Abgrenzungskriterium handelt.¹ Wenn er im weiteren ausführt, daß eine Auflistung von Einzelfällen zum straflosen und strafbaren Verteidigerhandeln die Gefahr der Willkür birgt,² muß ihm aufgrund der Vielzahl der von ihm erörterten Problemfälle ebenfalls dieser Vorwurf gemacht werden.

Beulke erschöpft seine Ausführungen in einer Vielzahl von Beispielen von Verteidigerhandlungen, die er als zulässig bzw. unzulässig beurteilt, wobei er sowohl ihm zustimmende Autoren benennt als auch die Gegenansicht aufzeigt, ohne sich jedoch mit den einzelnen Argumenten auseinanderzusetzen.³ Ohne nähere Begründung werden bestimmte Verteidigerhandlungen, wie z.B. das Bezeichnen eines Zeugen als unglaubwürdig trotz Fehlens jeglicher Anhaltspunkte, als zur Kernbereichszone zugehörig bezeichnet.⁴ Bzgl. dieser Handlung weist Beulke im selben Abschnitt auch noch selbst darauf hin, daß die Würdigung der Beweismittel den anderen Rechtspflegeorganen vorbehalten bleibe.⁵ Wieso aber dann die vom

¹ Beulke, Verteidiger S. 146

² ders. a.a.O.

³ ders. a.a.O. S. 147 ff

⁴ ders. a.a.O. S. 146, S. 152

⁵ ders. a.a.O. S. 152

Verteidiger vorgenommene, wenn auch wissentlich falsche Wertung den Kernbereich der Rechtspflege betreffen soll, bleibt ungeklärt.

Hier wird deutlich, wie gering die Aussagekraft der Kernbereichsthese ist. Der ihr zugrundeliegende Begriff ist dehnbar und ermöglicht beliebige Ergebnisse.¹

Die Behauptung Beulkes, daß die Kernbereichsthese eine 'sehr viel plausiblere Abgrenzung' als die nur punktuellen Entscheidungen darstellt², kann von dieser Seite keine Zustimmung erfahren, da ihr für die Lösung problematischer Fallgruppen kein eigener Erkenntniswert zukommt.

Damit sind die Lösungsansätze, die sich mit Funktionstüchtigkeit, Effektivität und Kernbereich der Rechtspflege befassen, in ihrer derzeitigen Ausgestaltung noch zu ungenau, um eine eindeutige Abgrenzung zu ermöglichen.

¹ Kritisch zum Lösungsansatz Beulkes auch Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 93; Müller, I. StrVert 1981, 90 (94); SK-Samson § 258 Rdnr. 38a; Strzyz S. 199 f

² Beulke, Verteidiger S. 158

E. Konkrete Art des Verteidigerhandelns als Abgrenzungskriterium

Ein weiterer Lösungsansatz innerhalb der Literatur beschäftigt sich mit der Art und Weise des Handelns des Verteidigers.

I. Differenzierung zwischen geistig verbalem und aktivem Handeln

Ostendorf versucht eine klare Grenzlinie zwischen zulässigem und legitimem Verteidigerhandeln zu finden, indem er nach der Art des Handelns differenziert.¹

Danach sollen Verteidigungshandlungen auf geistig verbaler Ebene nicht den Tatbestand des § 258 Abs. 1 StGB erfüllen. Lediglich ein aktiv handelndes Eingreifen in die Strafverfolgungstätigkeit soll dem Verteidiger untersagt sein.²

Für die Tätigkeit des Verteidigers macht Ostendorf zutreffend darauf aufmerksam, daß die Wahrnehmung der Rechte und Interessen des Angeklagten idR durch geistig verbale Mittel erfolgt.³ Die von Ostendorf vorgenommene Differenzierung kommt dann auch im Aufgabenbereich Beratung zu einem eindeutigen und Rechtssicherheit schaffenden Ergebnis. Wie bereits erörtert⁴, ist, worauf auch Ostendorf hinweist,⁵

¹ vgl. Ostendorf NJW 1978, 1345 (1348 ff); ders. JZ 1979, 252

² ders. NJW 1978, 1345 (1349)

³ ders. a.a.O.

⁴ vgl. oben 2. Kapitel, 2. Teil B I 3

⁵ Ostendorf NJW 1978, 1345 (1349)

eine Grenzziehung in diesem Bereich nahezu unmöglich, vielmehr häufig von der vom Verteidiger gebrauchten Formulierung als auch der Intelligenz des Mandanten abhängig.

Obwohl er vom Leitbild des einseitigen Parteiinteressenvertreters ausgeht¹, kommt Ostendorf bzgl. der Weitergabe von Informationen an den Beschuldigten, die der Rechtsanwalt aufgrund seiner Verteidigertätigkeit von Justizorganen erhält, zu dem Ergebnis, daß derartiges Handeln unzulässig ist.² Er begründet dies mit einem fehlenden unmittelbaren Zusammenhang zum Selbstverteidigungsrecht des Beschuldigten. Da dieser von diesen Mitteilungen ohne den Verteidiger keine Kenntnis erlangen würde, lehnt Ostendorf die Zulässigkeit der Weitergabe ab.³

Die Begründung kann jedoch nicht von dieser Betrachtungsweise des Verhältnisses Verteidiger/Mandant abhängen. Dem Beschuldigten wird gerade ein Verteidiger zur Seite gestellt, um seine Position zu verbessern, d.h. um die Defizite auf seiner Seite auszugleichen. Deswegen kann die Verneinung der Zulässigkeit nicht daraus resultieren, daß der Beschuldigte ohne den Verteidiger keine Möglichkeit der Kenntnisnahme erlangt hätte.

Im Gegensatz zu seiner Argumentation bzgl. der Weitergabe von Informationen stellt Ostendorf bei der Bejahung eines Lügerechts des Verteidigers darauf ab, daß ansonsten ein Angeklagter ohne Verteidiger besser gestellt wäre.⁴ Er begründet diese Zubilligung des Lügerechts damit, daß anderenfalls

¹ ders. a.a.O. S. 1348

² ders. a.a.O. S. 1349

³ ders. a.a.O.

⁴ ders. a.a.O.

die Glaubwürdigkeit des Angeklagten untergraben würde, wenn der Verteidiger die vom Angeklagten vorgetragene Lüge nicht als eigenes Wissen hinstellen dürfe.¹

Nicht nur aufgrund dieser widersprüchlichen Argumentation im Vergleich zur Problematik der Weitergabe der durch das Akteneinsichtsrecht erlangten Informationen, sondern auch im Hinblick auf die Differenzierung geistig verbaler und aktiv handelnder Tätigkeiten ist das Abgrenzungskriterium Ostendorfs nicht eindeutig. Denn gerade bei der Weitergabe von Informationen handelt es sich doch in erster Linie um eine verbale Tätigkeit und nicht um einen tätigen oder sogar manuellen Eingriff in die Strafverfolgungstätigkeit. Gleiches muß auch für die von Ostendorf ebenfalls als unzulässig bezeichnete Handlungsweise gelten, daß der Verteidiger einen Verfahrensbeteiligten z.B. mittels Täuschung zur Wahrnehmung seiner prozessualen Rechte bestimmt.² Auch hier handelt es sich in erster Linie um eine verbale Tätigkeit und wohl nur in Ausnahmefällen um ein aktives bzw. manuelles Handeln.

Damit fehlt diesem Lösungsansatz die nötige Geradlinigkeit. Eine derartige Differenzierung - mag sie im Bereich der Beratung auch das wohl einzig Rechtssicherheit schaffende Kriterium darstellen - kann nicht als übergreifendes Prinzip zur Abgrenzung herangezogen werden, da hier zu viele Ausnahmen von einer allgemein gültigen Abgrenzungslinie gemacht werden müßten.

¹ ders. a.a.O. S. 1349

² ders. a.a.O. S. 1348 f

II. Sieben Leitlinien für den Strafverteidiger

Auch Arzt stellt auf die konkrete Handlung des Verteidigers ab und legt sieben Leitlinien zur Differenzierung legalen und strafbaren Verteidigerhandelns fest.¹ So soll der Verteidiger nach der ersten Leitlinie unter Berufung auf den Grundsatz 'in dubio pro reo' Freispruch seines schuldigen Mandanten beantragen, aber nicht wider besseres Wissen die Unschuld seines Mandanten positiv behaupten dürfen und nach der zweiten Leitlinie Zeugen in Widersprüche verwickeln, aber nicht Beweisquellen trüben dürfen.²

Die einzelnen Leitlinien stehen jedoch unter keiner übergeordneten Maxime, hier werden lediglich verschiedene Verhaltensweisen des Verteidigers bzgl. Plädoyer, Zeugen, Taktik der Prozeßführung etc. in sieben Blöcken zusammengefaßt. Dabei führt Arzt - größtenteils unter Verzicht auf eine Begründung - gestützt auf die unterschiedlichen in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansichten auf, welche Verhaltensweisen dem Verteidiger erlaubt bzw. verboten sind.

Eine Auseinandersetzung mit dem kontrovers diskutierten Verteidigerhandeln fehlt jedoch. Arzt hat hier lediglich von Teilen der Literatur oder der Rechtsprechung als erlaubt bzw. verboten bezeichnete Verhaltensweisen, die ihm plausibel erscheinen, zusammengetragen.

Damit bleiben bzgl. des Lösungsansatzes von Arzt jedoch noch zu viele Fragen offen. So legt Arzt z.B. in seiner vierten Leitlinie fest, daß es dem Verteidiger erlaubt sei, den Richter mit den Mög-

¹ Arzt/Weber BT LH 4 Rdnr. 258

² ders. a.a.O.

lichkeiten der Strafprozeßordnung zu verunsichern und zu einem Verfahrensfehler zu provozieren, jedoch soll es verboten sein, ihn durch eine gezielte Querfrage von einem dem Angeklagten gefährlichen Punkt abzulenken.¹ Warum das Ablenken des Richters durch eine gezielte Querfrage anders beurteilt werden soll, ist ohne nähere Begründung nicht nachvollziehbar. Ein Unterschied zwischen diesem Verhalten und den zu einem Verfahrensfehler provozierenden Verhaltensweisen - wie z.B. das Stellen von Anträgen - liegt nicht vor. Nach der Strafprozeßordnung steht dem Verteidiger neben dem Antragsrecht auch ein Fragerecht zu, so daß die vorgenommene Differenzierung ohne Angabe von Gründen willkürlich erscheint.

Auch wenn der Gedanke des Aufstellens von Leitlinien als solcher geeignet ist, eine gewisse Systematik in die unübersehbare Fülle bisher erkannter problematischer Fallgestaltungen zu bringen, ist die von Arzt vorgenommene Ausgestaltung der Leitlinien kein brauchbares Prinzip zur Differenzierung strafbaren und legalen Verteidigerhandelns. Seine Darlegungen entbehren jeglicher Begründung und sind so gefaßt, daß sie wiederum der Klärung der Sachlage im Einzelfall bedürfen.

III. Normale alltägliche Verhaltensweisen als Maßstab für die legitime Verteidigung

Losgelöst von der spezifischen Verteidigerproblematik im Zusammenhang mit § 258 Abs. 1 StGB wird in der Literatur zur Begrenzung des Begriffes 'Strafvereitelung' auf normale alltägliche Verhaltenswei-

¹ so Arzt/Weber BT LH 4 Rdnr. 258

sen abgestellt.¹

Dabei lassen sich zwei Lösungsansätze unterscheiden.

1. Prinzip des risikoerhöhenden Sonderverhaltens

Frisch selbst will das von ihm entwickelte Prinzip des risikoerhöhenden Sonderverhaltens zwar dort nicht angewandt wissen, wo Sonderverhaltensordnungen für den Umgang mit möglichen Straftätern existieren.² Als typisches Beispiel nennt Frisch hier die Sonderverhaltensordnung der in der Strafrechtspflege tätigen Personen, zu denen er auch den Verteidiger zählt.³ Er verneint die Notwendigkeit einer Beschränkung des tatbestandsmäßigen Verhaltens für Verteidigerhandlungen mit der Begründung, daß prozessuale Normen, konkretisiert durch die Rechtsprechung, festlegen, wie dieser sich zu verhalten habe.⁴ Dieser Beurteilung Frisch's kann jedoch insoweit nicht gefolgt werden, als in den obigen Erörterungen bereits hinreichend festgestellt wurde, daß die Strafprozeßordnung und die Rechtsprechung gerade keinen Rechtssicherheit schaffenden Katalog erlaubten und verbotenen Verteidigerhandelns aufgestellt haben.

Damit soll das von Frisch entwickelte Kriterium des risikoerhöhenden Sonderverhaltens auf seine Taug-

¹ vgl. Frisch JuS 1983, 915 ff; ders. NJW 1983, 2471 (2473), insbes. Fn. 18); Schubarth in: FG für Schultz S. 158 (162)

² Frisch JuS 1983, 915 (923); ders. NJW 1983, 2471 (2473, Fn. 18)

³ ders. a.a.O.

⁴ ders. JuS 1983, 915 (924)

lichkeit zur Anwendung auf Verteidigerhandlungen untersucht werden.

Frisch geht von dem Gedanken aus, daß in unserem Rechtsgüterschutzstrafrecht diejenigen Handlungen aus dem Gesamtfeld aller Verhaltensweisen zu verhüten sind, die nicht nur abstrakt, sondern realistisch konkrete gefährliche Handlungen darstellen. Er engt damit das tatbestandsmäßige Verhalten iSd § 258 Abs. 1 StGB auf die Schaffung eines auf den tatbestandsmäßigen Erfolg bezogenen Risikos ein.¹ Beziehungsmoment zur Erfolgsherbeiführung sei das der Handlung eigene konstatierbare Risiko der Herbeiführung des Strafvereitelungserfolgs.²

Zur weiteren Präzisierung seines Lösungsansatzes stützt Frisch sich auf die Fahrlässigkeitsdelikte und überträgt den Gedanken des Ausschlusses gewisser Risikoschaffungen auf § 258 StGB. Gewisse Risikoschaffungen würden dann nicht vom Tatbestand erfaßt, wenn das Gemeinschaftsinteresse an der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zurückträte.³ Dem Grundgedanken nach handelt es sich damit bei diesem Lösungsansatz um nichts anderes als die in Rechtsprechung und Lehre vertretene Theorie des erlaubten Risikos.⁴ Ungeachtet der unterschiedlichen Einordnung des Grundsatzes vom erlaubten Risiko geht es im Grundkonsens dabei ebenfalls darum, daß eine riskante Handlung, die den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt, rechtmäßig sein soll. Dies gilt jedoch nicht für die Fälle, in denen der

¹ Frisch JuS 1983, 915 (920); ders. NJW 1983, 2471 (2472 f.)

² ders. a.a.O.

³ ders. JuS 1983, 915 (921)

⁴ vgl. S/S-Lenckner Vorbem. § 32 ff Rdnr. 92 ff; Jescheck AT § 36; Welzel Lb § 18 I 1a; Schmidhäuser AT 6 / 111 ff

Handelnde weiß, daß sein Verhalten voraussichtlich zu einem bestimmten deliktischen Erfolg bzgl. eines bestimmten Rechtsguts führen wird, vielmehr wird die Ungewißheit über den Eintritt der Verletzung vorausgesetzt.¹

Da der Verteidiger jedoch weiß, daß er durch Verteidigung des schuldigen Angeklagten das Rechtsgut des § 258 StGB gefährdet, ist die Lehre vom erlaubten Risiko in ihrer Ursprungsform nicht auf derartige Fälle anwendbar. Frisch will damit jedoch legitimes Verhalten auf ein tolerierbares Risiko einengen. Umgekehrt ausgedrückt sind damit für ihn nur solche Handlungen tatbestandsmäßig, bei denen das konkrete Risiko der Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges auch unter Berücksichtigung der an der Vornahme der Handlung typischerweise bestehenden (Gegen-) Interessen nicht mehr tolerierbar ist.²

Zur weiteren Präzisierung hat Frisch drei Leitprinzipien entwickelt.³ Die wichtigste hier interessierende Konkretisierung des tatbestandsmäßigen Verhaltens ist die in seinem zweiten Leitprinzip enthaltene Absage an eine Sonderverhaltensordnung gegenüber Straftätern.⁴ Dabei sollen nach Frisch Maßnahmen nicht tatbestandsmäßig sein, die dem Nichtstraftäter ebenfalls gewährt würde - z.B. die Behandlung durch den Arzt oder der Verkauf von Benzin - selbst wenn sie das Risiko des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolges in sich tragen.⁵ Für

¹ vgl. Jescheck AT § 36 I 3; S/S-Lenckner Vorbem. §§ 32 ff Rdnr. 100

² Frisch JuS 1983, 915 (921)

³ ders. a.a.O. S. 922

⁴ Frisch a.a.O.

⁵ ders. a.a.O. S. 922 f

Frisch beginnt damit die Tatbestandsmäßigkeit dort, wo das mit dem unmittelbaren Risiko der Strafverurteilung behaftete Verhalten gegenüber dem Straftäter nicht mehr nur dem entspricht, was in entsprechenden Situationen auch dem Nichtstraftäter gewährt würde.¹

Zwar ist Frisch zuzugeben, daß Leitprinzipien zur Konkretisierung des tatbestandsmäßigen Verhaltens bestimmt hilfreich sind. Seine vorgenommene Präzisierung bereitet jedoch nicht nur auf den Verteidiger übertragen Schwierigkeiten.

Zum einen kann nicht ohne Einschränkung jedes auch einem Nichtstraftäter gewährte Verhalten nicht tatbestandsmäßig iSd § 258 Abs. 1 StGB sein. Mögen solche Schlußfolgerungen für das Leisten erster Hilfe durch den Arzt oder den Verkauf von Benzin durch den Tankstellenpächter auch zutreffen, so kann, wie die von Stree genannten Beispiele - Gewährung eines Darlehens für die Flucht ins Ausland, Verleihen des PKWs ebenfalls für die Flucht² - zutreffend zeigen, ein derartiges Sich-der-Strafrechtspflege-in-den-Weg-stellen nicht straflos sein. Lediglich darauf abzustellen, daß es sich bei einer Darlehensgewährung oder dem Verleihen eines Autos um alltägliche Handlungen und damit gerade kein Sonderverhalten handelt, ließe die Zweckrichtung, mit der die in allen Beispielen objektiv vorliegende Behinderung der Strafverfolgungsbehörden vorgenommen wird, vollständig außer acht und würde den Raum tatbestandslosen Handelns viel zu weit ausdehnen.³ Zwar darf der Zweck des

¹ ders. a.a.O. S. 923; ders. NJW 1983, 2471 (2473); zustimmend auch Dreher/Tröndle § 258 Rdnr. 6

² S/S-Stree § 258 Rdnr. 21a

³ iSd auch S/S-Stree a.a.O.

Handelns nicht ausschlaggebendes Argument für die Einordnung des Verhaltens als strafbar oder straflos sein,¹ jedoch kann die Alternativ-Betrachtung - dasselbe Verhalten, vorgenommen gegenüber einem Nichtstraftäter - keine kriminalpolitisch sinnvolle Lösung darstellen.

Im Übrigen läßt sich für den Verteidiger eines Straftäters kein eindeutiges Ergebnis aus diesem Lösungsansatz ableiten, da nicht ohne weiteres gewisse Handlungen seinerseits existieren, die er einem Nichtstraftäter gegenüber nicht vornehmen würde, weil zu derartigem Verhalten bei letzterem kein Anlaß bestünde.

So kann z.B. bzgl. des Rates, die Aussage zu verweigern, nicht generell gesagt werden, daß es sich um eine gegenüber dem Nichtstraftäter unübliche, da unnötige Verhaltensweise handelt.² Auch diesem gegenüber kann ein derartiges Verhalten sinnvoll sein, so wenn der Verteidiger ihm in dem Bewußtsein, daß das Gericht auf die Aussage angewiesen ist, diesen Rat gibt, um ihm z.B. ein psychiatrisches Gutachten oder ein langwieriges Verfahren zu ersparen. Auch der Feststellung, daß die Benachrichtigung von einer bevorstehenden Durchsuchung zu den gegenüber dem Nichtstraftäter unüblichen Verhaltensweisen zählt, mit der Begründung, sie sei ihm gegenüber unnötig³, kann so nicht gefolgt werden. Auch der Nichtstraftäter kann ein Interesse an diesbezüglichen Informationen haben, wenn sich z.B. bei schwieriger Beweislage belastendes Beweismaterial in seinen Räumen befindet. Als unnötig

¹ s.o. zur Ablehnung der Intention des Verteidigers als alleiniges Abgrenzungskriterium 3. Kapitel, 1. Teil B II

² zu diesen Kriterien vgl. Frisch JuS 1983, 915 (923)

³ vgl. Frisch JuS 1983, 915 (923)

erweist sich damit eine derartige Verteidigerhandlung durchaus nicht.

Insgesamt ist auch das Prinzip des risikoerhöhenden Sonderverhaltens nicht geeignet, eine starre Grenzlinie zwischen legalem und strafbarem Verteidigerhandeln zu bilden.

2. Verhältnis von Strafrecht und Sozialethik

Schubarths Bestimmung des tatbestandsmäßigen Verhaltens - Ausgangspunkt ist die Frage nach einer Begünstigung durch Beherbergen - hat seine Grundlage in der Verknüpfung von Strafrecht und Sozialethik.¹ Unter Berufung auf Stratenwerth² geht Schubarth davon aus, daß Verbrechen im strafrechtlichen Sinn nur das sein kann, was schon die Sozialethik entschieden verurteilt.³ Ein Verhalten, das von der Sozialethik nicht nur nicht verurteilt, sondern umgekehrt gefordert werde, könne darum nicht strafbar sein.⁴ Für Schubarth fallen damit normale alltägliche Verhaltensweisen aus dem Tatbestand heraus.⁵

Ein derartiger Lösungsansatz ist jedoch ebenfalls nicht geeignet, eine Rechtssicherheit schaffende Grenzlinie zu ziehen.

Zum einen ist die Vagheit dieses Abgrenzungskriteriums zu kritisieren. Der Begriff "normale alltäg-

¹ vgl. Schubarth in: FG für Schultz S. 158 (162)

² Stratenwerth AT I Rdnr. 50

³ Schubarth a.a.O.

⁴ ders. a.a.O.

⁵ Schubarth a.a.O.

liche Verhaltensweisen" läßt keine eindeutige Einordnung der Verteidigerhandlungen zu. Wie soll entschieden werden, ob es sich bei Weitergabe von Informationen aus der Strafakte um etwas "Normales" und damit straffreies Verhalten handelt? Ein allgemeiner Konsens über das "Normale" bei Verteidigerhandlungen hat sich gerade noch nicht herausgebildet.¹

Damit weist dieser Lösungsansatz dieselben Mängel auf wie die Lehre von der Sozialadäquanz. Es ist verfehlt, eine in ihrer Unbestimmtheit bedenkliche Generalklausel als allgemeingültiges Tatbestandskorrektiv heranzuziehen.²

Im weiteren ist Schubarth derselbe Vorwurf zu machen wie Frisch.³ Abgestellt auf das "Normale" müßte auch hier, da es sich um eine alltägliche Verhaltensweise handelt, der um Hilfe gebetene Freund, der dem Straftäter seinen PKW zur Flucht leiht, straflos sein.

Schubarths Lösungsansatz sind außerdem noch tiefgreifende dogmatische Bedenken entgegenzusetzen. Die Konsequenzen, die er aus einer sozialethisch einwandfreien Handlung ableiten will, sind viel zu weitreichend. Aus einem fehlenden sozialethischen Unwert folgt lediglich, daß derartige Verhaltensweisen keine Strafe verdienen. Daraus sofort abzuleiten, diese Handlungen seien schon nicht tatbestandsmäßig, ist jedoch verfehlt. Einem fehlenden Strafbedürfnis iSd Nichtverdienens von Strafe kann auch durch Rechtfertigungs- oder Entschuldigungs- oder Strafausschließungsgründe Rechnung getragen

¹ iSd auch Frisch JuS 1983, 915 (918)

² vgl. zur Sozialadäquanz auch S/S-Lenckner Vorbem. §§ 13 ff Rdnr. 68 ff

³ vgl. oben unter Punkt 1

werden.¹

Außer der Vagheit seines Kriteriums ist Schubarth damit vorzuwerfen, daß die von ihm aus der Verknüpfung von Strafrecht und Sozialethik gezogene Konsequenz keinesfalls zwingend ist, sondern auch andere Ergebnisse zuläßt.

Damit hat sich gezeigt, daß auch diese letzte Grenzlinie kein taugliches Abgrenzungskriterium darstellt.

Sämtliche in Rechtsprechung und Literatur vorhandenen Lösungsansätze sind damit als übergreifendes Prinzip zur Abgrenzung erlaubten und verbotenen Verteidigerhandelns nicht geeignet.

¹ iSd auch Frisch JuS 1983, 915 (918)

2. TEIL: KASUISTISCHE AUFZÄHLUNG VON ERLAUTEN UND VERBOTENEN VERHALTENSWEISEN DES VERTEIDIGERS

Ein Großteil der Literatur und auch der Bundesgerichtshof suchen nicht nach einem starren Abgrenzungskriterium, sondern treffen nur punktuelle Entscheidungen.¹

Dabei sehen einige Autoren die Tatsache, daß ein taugliches übergreifendes Prinzip zur Grenzziehung fehlt, als Fundament für die punktuellen Entscheidungen an. Nach ihrer Ansicht kann, solange ein allgemeines Abgrenzungskriterium fehlt, eine Grenze nur anhand der Untersuchung jedes typischen einzelnen Verteidigerhandelns aufgezeigt werden.²

Auch wenn von ihnen eine interessengerechtere Einzelfallentscheidung propagiert wird, führt dies zu einer unklaren und unsicheren Verteidigersituation, die zum Risiko werden kann. Eine Klärung ist nicht nur im Interesse der Verteidigung erforderlich, sondern auch im Hinblick auf Beschuldigteninteressen geboten. Denn der Beschuldigte ist über § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO, über den Verteidigerausschlußgrund wegen Strafvereitelung, in seinem Recht auf Verteidigung beschränkt. Durch die Möglichkeit des Verteidigerausschlusses ist nicht nur - wie auch das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat³ -

¹ vgl. dazu nur die neuere Kommentarliteratur mwN: Dreher/Tröndle § 258 Rdnr. 7; Lackner § 258 Anm. 2c; S/S-Stree § 258 Rdnr. 20; SK-Samson § 258 Rdnr. 37 ff; LR-Dünnebier Vor. § 137 Rdnr. 15; KK-Laufhütte Vor § 137 Rdnr. 5 ff

² vgl. SK-Samson § 258 Rdnr. 38; Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 122 u. S. 211

³ BVerfGE 38, 105 (112); 34, 293 (302)

die Unabhängigkeit des Verteidigers in Frage gestellt. Vielmehr wird durch die Tatsache, daß dem Beschuldigten der Verteidiger seiner Wahl genommen wird, ein weiterer Grundsatz von hohem Rang berührt.

Außerdem besteht bei einer derart unsicheren Situation¹ immer die Gefahr, daß der Verteidiger sich angesichts des "Damoklesschwertes", das ständig über ihm schwebt, nicht mehr voll für seinen Mandanten einsetzen wird.

Aus all diesen Gründen dürfen sich Rechtsprechung und Literatur nicht mit einer nur punktuellen Abgrenzung begnügen. Denn sie ist gerade nicht geeignet, die erforderliche Rechtssicherheit zu schaffen.

¹ vgl. nur zur Weitergabe von Informationen, Durchsuchungs- oder Haftbefehl betreffend, die der Verteidiger durch Akteneinsicht gewonnen hat: BGHSt 29, 99 (103); KG NStZ 1983, 556 (557), die dieses Verhalten als verboten betrachten, und a.A. Dahs HB Rdnr. 227; Krekeler wistra 1983, 43 (47)

3. TEIL: ERGEBNIS DER UNTERSUCHUNG

Die in Rechtsprechung und Literatur vorhandenen Lösungsversuche führen damit nicht zu einer befriedigenden Lösung des Problems der Trennung erlaubten Verteidigerhandelns von strafbaren Verhaltensweisen.

Die Lösungsversuche, die auf ein starres Abgrenzungskriterium abzielen, sind entweder bereits in ihrem dogmatischen Ansatz verfehlt oder so weit gefaßt, daß sie wiederum der Klärung durch den Einzelfall bedürfen und Rechtsunsicherheit zur Folge haben. Andere Lösungsansätze reduzieren den Handlungsspielraum des Verteidigers auf ein nicht mehr vertretbares Maß, oder lassen das Maß an Gradlinigkeit vermissen, das von einem Abgrenzungskriterium zu verlangen ist. Einzelne Lösungsversuche zeigen zwar brauchbare Ansätze, wie z.B. die Einteilung der Verhaltensweisen nach 'Leitprinzipien' bzw. 'Leitlinien' von Frisch und Arzt. Andere Lösungsansätze verweisen zu Recht auf die bei der vorliegenden Problemstellung bestimmt zu berücksichtigenden Grundsätze der Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege und der Verhältnismäßigkeit. Aufgrund ihrer Vagheit sind diese Grundsätze selbst als taugliche Abgrenzungskriterien nicht geeignet, sie werden jedoch als bei jedem Verfahren zu beachtende Prinzipien bei der eigenen noch zu entwickelnden Grenzlinie zwischen legalem und illegalem Verteidigerverhalten notwendigerweise zu berücksichtigen sein.

Da auch die punktuellen Einzelfallentscheidungen mangels hinreichender Rechtssicherheit nicht geeignet sind, legales von strafbarem Verteidigerhandeln zu trennen, stellt sich das Ergebnis der Untersu-

chung als überaus unbefriedigend dar.

Die Ergebnisse der beiden hier untersuchten Standpunkte - Unmöglichkeit eines starren Abgrenzungskriteriums und damit mangelnde Rechtssicherheit aufgrund kasuistischer Aufzählung - sind zwar gegensätzlich, aber im Ansatz durchaus plausibel. Während sich Autoren wie z.B. Beulke¹ und Ostendorf² um starre Abgrenzungslinien bemüht haben, damit jedoch an der Vielgestaltigkeit der möglichen Verteidigerhandlungen gescheitert sind, müssen sich andere Autoren, wie z.B. Wassmann und Samson, die für Einzelfallentscheidungen plädieren³, hier ebenfalls mangelnde Rechtssicherheit vorwerfen lassen.

Damit dreht sich die Diskussion im Kreis. Aufgrund fehlender Rechtssicherheit drohen hier bzgl. des Verteidigerhandelns die Grenzen zwischen Legalität und Moralität zu verwischen.

Da gerade der Verteidiger in seiner täglichen Arbeit auf ein gewisses Maß an Normenklarheit angewiesen ist, stellt sich die Frage, ob dem mißbräuchlichen Verteidigerhandeln nicht in anderer Weise begegnet werden kann.

¹ vgl. oben 3. Kapitel, 1. Teil D III

² vgl. oben 3. Kapitel, 1. Teil E I

³ vgl. oben 3. Kapitel, 2. Teil

4. KAPITEL: EIGENER LÖSUNGSANSATZ: ORDNUNGSPRIN-
ZIPIEN ALS ABGRENZUNGSKRITERIEN
ZWISCHEN LEGALEM UND STRAFBAREM
VERTEIDIGERHANDELN

Wie die Untersuchung der verschiedenen Lösungsansätze ergeben hat, geht es darum eine "Formel" zu finden, die die Tathandlung 'vereiteln' anhand des Grundgedankens des § 258 Abs. 1 StGB so ausfüllt, daß den Gerichten eine Differenzierungsleitlinie als brauchbarer Anknüpfungspunkt an die Hand gegeben werden kann, die den an eine gesetzliche Norm gestellten Bestimmtheitsanforderungen entspricht. Dabei stellt sich die Frage, ob es objektivierbare Maßstäbe gibt, an denen der Richter sein Urteil ausrichten kann und muß.

Es hat sich gezeigt, daß sich zwar nicht die Vieltätigkeit deliktischer Situationen vorausschauend unter bestimmten Aspekten erfassen läßt. Erfassen lassen sich aber die Maßstäbe, mit Hilferer das menschliche Zusammenleben geregelt ist. Mögliche Beurteilungskriterien iSe objektivierbaren Richtmaßes für die Wertung des Richters können nur durch Aufstellung verschiedener sozialer Ordnungsprinzipien gewonnen werden.

1. TEIL: DEFINITION UND FUNKTION DER ORDNUNGS- PRINZIPIEN

A. Ordnungsprinzipien als der Rechtsordnung zugrundeliegende Leit- und Rechtsgedanken

Derartige Ordnungsprinzipien sind dabei nicht erst zu entwickeln, sondern sie durchziehen als Rechts- oder Leitprinzipien die gesamte Rechtsordnung. Rechts- oder Leitprinzipien sind leitende Gedanken einer rechtlichen Regelung, weisen aber selbst keinen rechtssatzförmigen Charakter - Tatbestand und Rechtsfolge - auf, sondern geben lediglich die Richtung an, in der die zu findende Regel gelegen ist.¹ Dh. nicht durch Verallgemeinerung einer Regel gewinnt man derartige Prinzipien, sondern durch das Zurückgehen einer Regelung auf einen ihr zugrundeliegenden Rechtsgedanken, von dem aus gesehen die Regelung als sinnvoll und gerechtfertigt erscheint.² Die Prinzipien rechtfertigen damit eine ihnen entsprechende Regelung und machen jede mit ihnen nicht zu vereinbarende Regelung zu einer unrichtigen.

Sie gilt es nunmehr aus der Rechtsordnung herauszufinden und mit der vorliegenden Problematik in Beziehung zu setzen.

Einige sind in der Verfassung oder in anderen Gesetzen ausdrücklich normiert, andere ergeben sich aus Sinn und Zweck des Gesetzes oder sind zur Orientierung anders nicht lösbarer Fälle von Recht-

¹ so Larenz, Richtiges Recht S. 23

² vgl. ders. a.a.O. S. 26

sprechung und Lehre entwickelt worden und werden fortlaufend konkretisiert, haben sich aber im allgemeinen Rechtsbewußtsein durchgesetzt.¹ Das heißt, als Erkenntnisquellen sollen hier vor allem die Grundrechte, andere Rechtsnormen, Rechtsgrundsätze der Rechtsprechung und der Verwaltung sowie die Verkehrssitte herangezogen werden, um aus diesen - für sich genommen noch zu vagen Gesichtspunkten - eine Rechtssicherheit schaffende Systematisierung und damit ein objektivierbares Richtmaß für die Entscheidung des Richters zu bilden.²

So durchzieht z.B. das Prinzip des gegenseitigen Achtens die gesamte Rechtsordnung und findet seinen Niederschlag neben den Grundrechten, Art. 1 und 2 GG, auch im Strafrecht, §§ 185 ff StGB, und im Zivilrecht, z.B. §§ 824, 823 Abs. 2 BGB. Weitere derartige Prinzipien sind z.B. der in § 242 BGB niedergelegte Grundsatz von Treu und Glauben und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Dabei handelt es sich um richtungsgebende Maßstäbe, die aufgrund ihrer eigenen Überzeugungskraft rechtliche Entscheidungen rechtfertigen können.

In seiner allgemeinen Fassung handelt es sich z.B. beim Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der hier immer zu berücksichtigen sein wird, um ein Rechtsprinzip, das der näheren Konkretisierung bedarf, da hier eine Wertung vorgenommen werden muß. Zur Konkretisierung dient z.B. der Grundsatz der Erforderlichkeit, der hier als Unterprinzip das der geringstmöglichen Einschränkung enthält. Das heißt, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird durch weitere Prinzipien spezieller gefaßt, wobei er

¹ vgl. Larenz, Methodenlehre S. 456; ders., Richtiges Recht S. 24

² Zur Orientierung an herrschenden Wertvorstellungen bei fehlender verlässlicher Verhaltensrichtlinie im Gesetz vgl. auch Zippelius S. 124 f

selbst jedoch der leitende richtungsweisende Gedanke bleibt.

Der Gedanke der Ordnungsprinzipien zur Ausfüllung bestimmter Begriffe ist im Recht immer wieder angewandt worden. Ein deutliches Beispiel ist der Begriff der guten Sitten in § 138 Abs. 1 BGB. Dieser wird zurückgeführt auf speziellere Wertungsgesichtspunkte, wie z.B. Ausnutzen einer Macht- oder Monopolstellung, Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit (Knebelungsverträge), Verleitung zum Vertragsbruch, Gläubigerbenachteiligung etc..¹

Weiterhin haben sich im Zivilrecht unter Berücksichtigung des Grundprinzips von Treu und Glauben "Entscheidungsmuster" gebildet, wie z.B. die Lehre vom Rechtsmißbrauch, von der Verwirkung, vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, von der Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis und dem Haftungsgrundsatz "culpa in contrahendo".²

Die Anwendung von Ordnungs- oder Leitprinzipien ist auch dem Strafrecht nicht fremd.

So hat z.B. Roxin zur Ausfüllung des Begriffs "Verwerflichkeit" in § 240 Abs. 2 StGB die Nötigung auf soziale Ordnungsprinzipien zurückgeführt, aus deren Ineinandergreifen die Balance von Bindung und Freiheit hergestellt werden soll, die dem Zweck dieser Bestimmung entspricht.³ Damit hat Roxin für die Verwerflichkeitsbeurteilung eine beachtenswerte Systematisierung erzielt.⁴

Ausgehend von der Erkenntnis, daß die subjektive richterliche Wertung sowie die Wertvorstellungen

¹ vgl. dazu auch Larenz, Methodenlehre S. 280

² Larenz, Methodenlehre S. 405 f

³ Roxin JuS 1964, 373 (376 f)

⁴ i.d.S. auch S/S-Eser § 240 Rdnr. 18

bestimmter Gruppen nicht ausreichend sind, will auch Stree die Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten in § 226a StGB auf allgemeine Wertmaßstäbe zurückgeführt wissen.¹

Weitere ausfüllungsbedürftige Begriffe sind z.B. in § 193 StGB die "berechtigten Interessen" und in § 32 Abs. 2 StGB das Merkmal "erforderlich". Wenn bei letzterem zur Bestimmung der Erforderlichkeit nach herrschender Meinung auch keine Güterabwägung erfolgt,² so findet das Notwehrrecht insgesamt jedoch seine Grenzen im allgemeinen Leitprinzip des Rechtsmißbrauchs, zu dessen Konkretisierung Rechtsprechung und Literatur wiederum Fallgruppen, wie die Absichtsprovokation, die verschuldete Notwehrlage, den Angriff schuldlos Irrender etc. gefunden haben.³ Auch hier besteht Einigkeit darüber, daß die Grenzen des Notwehrrechts nicht in undifferenzierten Generalklauseln bestehen dürfen, die die Rechtssicherheit gefährden, sondern vielmehr aus dem Grundgedanken der Notwehr selbst entwickelt werden müssen.⁴

¹ S/S-Stree § 226a Rdnr. 6

² hM, vgl. Wessels AT § 8 V 2; S/S-Lenckner § 32 Rdnr. 34 m.w.N.

³ vgl. Wessels AT § 8 V 3; S/S-Lenckner § 32 Rdnr. 48

⁴ vgl. S/S-Leckner § 32 Rdnr. 47; Jescheck AT § 32 III 3; Blei AT S. 149; Roxin ZStW 1981, 68 (70)

B. Ordnungsprinzipien zur Versachlichung von Wertungen innerhalb des § 258 Abs. 1 StGB

Auf § 258 StGB übertragen gilt es damit, den Tatbestand auf eine Reihe von Ordnungsprinzipien zurückzuführen, um objektivierbare eindeutige Lösungen zu erlangen.

Dh. auch hier sind bestimmte in der Rechtsordnung verankerte Leitprinzipien heranzuziehen, aus deren Ineinandergreifen sich die Abgrenzung von legitimem und strafbarem Verteidigerhandeln ergibt, die dem Sinn und Zweck des § 258 Abs. 1 StGB entspricht. Die Differenzierung zwischen legalen und illegalen Verhaltensweisen obliegt damit der Konkretisierung der der Rechtsordnung immanenten Wertungsmaßstäbe. Eine Verteidigerhandlung muß danach illegal sein, wenn sie Werte negiert, deren Verwirklichung nach geltender Rechtsüberzeugung der Rechtsordnung aufgegeben ist.

Damit würden aus den Rechtsprinzipien für § 258 StGB entwickelte Ordnungsprinzipien klarstellen, daß der für das Urteil über die Strafbarkeit heranzuziehende Maßstab ein Objektivum ist, so daß innerhalb der geltenden Wertung Maßstäbe - gewonnen aus einer Versachlichung von Wertungen - existieren, an denen der Richter sein Urteil ausrichten kann und muß und nicht mehr anhand seines subjektiven Empfindens zu entscheiden hat.

Dabei soll jedoch keine Rangordnung unter den aufzustellenden Prinzipien existieren. Vielmehr soll es sich um ein Zusammenspiel derart handeln, daß sie sich teilweise ergänzen und auf manchen Gebieten auch wechselseitig einschränken.¹ Eine bestimm-

¹ Zur Systematik von Ordnungsprinzipien vgl. Larenz, Methodenlehre S. 557 f; Canaris S. 55

te Verteidigerhandlung kann dabei sowohl unter dem einem wie unter dem anderen Gesichtspunkt strafbar sein.

2. TEIL: OBJEKTIVIERUNG STRAFBAREN VERTEIDIGER- HANDELNS DURCH DIE AUFSTELLUNG VON ACHT ORDNUNGSPRINZIPIEN

Im folgenden sollen verschiedene Ordnungsprinzipien aufgestellt werden, aus deren Zusammenspiel sich die Strafbarkeitsgrenze bei § 258 Abs. 1 StGB für Verteidigerhandlungen ergibt.

A. Prinzip des gesetzlichen Verbots

Objektivierbar ist die Strafvereitelung zunächst natürlich dort, wo sie durch Wertentscheidungen, die der Gesetzgeber an anderen Stellen der Rechtsordnung getroffen hat, außer Frage gestellt wird. Verschiedene strafrechtliche Verhaltensnormen setzen der Verteidigertätigkeit Grenzen.¹

Wird der tatbestandsmäßige Erfolg iSd § 258 Abs. 1 StGB durch den Verteidiger absichtlich oder wissentlich durch die Verletzung anderer Strafgesetze bewirkt, liegt eindeutig eine tatbestandsmäßige Handlung iSd § 258 Abs. 1 StGB vor. Es reicht dabei nicht aus, daß anlässlich der Strafverteidigung

¹ so auch ausdrücklich Frisch JuS 1983, 915 (922); Gatzweiler StrVert 1985, 248

andere Strafgesetze verletzt werden, sondern der Vereitelungserfolg muß gerade durch die strafrechtlich relevante Handlung außerhalb des § 258 Abs. 1 StGB herbeigeführt werden.

Dies kann z.B. geschehen durch die Urkundenfälschung, § 267 StGB, Anstiftung und Beihilfe zum Meineid und zur Falschaussage, §§ 154, 153, 26, 27 StGB, die Verleitung zur Falschaussage, § 160 StGB, die Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung, §§ 129, 129a StGB, und die Nötigung, § 240 StGB.

Bewirkt der Verteidiger umgekehrt gerade keinen Vereitelungserfolg durch die Verletzung eines Strafgesetzes, was regelmäßig z.B. durch die Verletzung der dem Schutz des Mandanten dienenden Tatbestände, wie z.B. §§ 203 Abs. 1 Nr. 3, 356 oder 352 StGB der Fall sein wird, kann ein derartiger Gesetzesverstoß kein tatbestandsmäßiges Handeln iSd § 258 Abs. 1 StGB darstellen.

Dies ist nicht mehr eine Frage subjektiven Meinens. Eine derartige Beurteilung als strafbares Verteidigerhandeln ist vielmehr nach den Wertungsmaßstäben der Rechtsordnung unbestreitbar und jedem Richter eindeutig vorgegeben.

Mit dem Prinzip des gesetzlichen Verbots ist somit ein sicherer Maßstab gefunden worden, um sowohl eine 'positive' als auch eine 'negative' Abgrenzung vorzunehmen und den Begriff der Strafvereitelung mit Inhalt zu füllen.

B. Prinzip der Wesensgehaltsgarantie der Verteidigung

Ebenso wie es Verteidigerhandlungen gibt, die sofort eindeutig - wie das Prinzip des gesetzlichen Verbots gezeigt hat - unter § 258 Abs. 1 StGB fallen, muß es, da das Institut der Verteidigung gesetzlich normiert ist, §§ 139 ff StPO, auch Verteidigerhandlungen geben, die niemals auch nur in den "Dunstkreis" des § 258 Abs. 1 StGB gelangen können.

Insofern besteht auch in Rechtsprechung und Literatur - wenn auch mit unterschiedlicher Begründung - im wesentlichen Einigkeit darüber, daß bestimmte Verhaltensweisen, z.B. die Aufklärung über eine Rechtsfrage, auch wenn der Beschuldigte sie zur Abwehr eines berechtigten Schuldvorwurfs benutzen kann, nicht dem Bereich des illegalen Verteidigerhandelns zuzuordnen sind.¹ Demgegenüber werden Beratung und Empfehlung seitens des Verteidigers z.B. zur Aussageverweigerung jedoch kontrovers diskutiert. Auch hier soll gezeigt werden, daß ein objektivierbarer Maßstab, nämlich die Wesensgehaltsgarantie der Verteidigung, zur klaren Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Verhaltensweisen aufgestellt werden kann.

¹ so z.B. S/S-Stree § 258 Rdnr. 20; Dreher-Tröndle § 258 Rdnr. 7; Roxin, Strafverfahrensrecht § 19 E I; Beulke, Verteidiger S. 154; Eb. Schmidt Lehrkom. II Vor § 137 Rdnr. 22; Mallison S. 134; Maiwald ZStW 1981, 885 (889); Bottke ZStW 1984, 726 (755 f); ders. Anm. zum Beschluß des BGH v. 16.5.1983 - 2 ARs 129/83 in: JR 1984, 300; Heeb, Diss. jur. Tübingen 1973 S. 41, 69; a.A. Berkenheide, Diss. jur. Münster 1952 S. 44 ff (56)

I. Ableitung des Prinzips

Die Verfassung legt mit Art. 19 Abs. 2 GG ausdrücklich eine Wesensgehaltsgarantie für die Grundrechte fest. Danach dürfen diese in ihrem essentiellen Kern nicht angetastet werden.

1. Verfassungsrang des Rechts auf einen Verteidiger

Das in Art. 6 Abs. 3c MRK normierte Recht auf einen Strafverteidiger hat in der Bundesrepublik nur den Rang eines einfachen Gesetzes. Im Grundgesetz findet sich diesbezüglich keine ausdrückliche Bestimmung. Vielmehr stehen hier Strafprozeß und Verteidigung in einer Wechselwirkung zwischen mehreren Verfassungsnormen,¹ z.B. dem Richtervorbehalt, Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG, dem Grundrecht auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG, der Rechtsschutzgarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG und dem Recht auf ein faires Strafverfahren aus Art. 1, Art. 2 Abs. 2 GG und dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG.

Das Grundrecht auf rechtliches Gehör ist dabei für das Strafverfahren und damit insbesondere für die Verteidigung von zentraler Bedeutung.² Das darin enthaltene Recht, zu allen in einem Prozeß relevanten Tatsachen und Rechtsfragen Stellung zu nehmen, ist i.d.R. nur dann sinnvoll wahrzunehmen, wenn der Betroffene einen Verteidiger hinzuziehen kann. Damit wird die Strafverteidigung, wie auch Gusy betont, geradezu zu einem notwendigen Instrument, um dem rechtlichen Gehör praktische Wirksamkeit und

¹ vgl. dazu auch Gusy AnwBl 1984, 255, der von einer eigenartigen Gemengelage spricht

² vgl. hierzu insbes. Rüping, Grundsatz des rechtlichen Gehörs S. 101 ff

Durchsetzbarkeit zu verleihen.¹ Ohne Verteidiger ist jedenfalls für die Mehrzahl der Angeklagten der Grundrechtsschutz des Art. 103 Abs. 1 GG nahezu illusorisch.

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht wiederholt entschieden hat, daß Art. 103 Abs. 1 GG weder die Existenz der Anwaltschaft noch die freie Anwaltswahl begründet,² ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt, daß der Grundsatz der freien Anwaltswahl Verfassungsrang genießt.³

Ungeachtet der Tatsache, daß die Anwendbarkeit des Art. 19 GG außer auf die im Grundrechtskatalog, Art. 1 - 17 GG, genannten Grundrechte auf Art. 101, 103 und 104 umstritten ist,⁴ kann der Gedanke der verbotenen Antastung des Wesensgehaltes jedoch als objektiver Maßstab für die vorliegende Problematik herangezogen werden. Denn wenn das Recht auf einen Verteidiger Verfassungsrang genießt, können umgekehrt zumindest nicht die Handlungen, die den Wesensgehalt der Verteidigung ausmachen, als strafbares Verteidigerhandeln zu erfassen sein.

2. Definition der Wesensgehaltsgarantie

Der Wesensgehalt eines Grundrechts wird dahingehend definiert, daß es sich um den feststehenden Grundrechtskern handele und dieser wiederum von Eigenschaften gebildet werde, die seine eigentliche

¹ Gusy AnwBl 1984, 225

² BVerfGE 31, 306 (308); 9, 124 (132)

³ BVerfGE 39, 156 (163); 38, 105 (111 f); 34, 293 (302); 22, 49 (71)

⁴ zum Streitstand vgl. Hendrichs in: von Münch (Hrsg.), GG Art. 19 Rdnr. 4

Natur und Grundsubstanz ausmachen.¹ Damit wird eine Sicherstellung der Grundsubstanz gefordert, dergestalt, daß auch bereits ein leichtes Beschneiden des Kernbereichs untersagt ist.

II. Der Wesensgehalt der Verteidigung

Damit stellt sich die Frage nach dem Wesensgehalt der Verteidigung.

1. Auskunft

Wie im 2. Kapitel bereits aufgezeigt, zählt zur Verteidigung zunächst die Aufklärung über die Rechtslage. Da der Beschuldigte nicht ohne weiteres überblicken kann, wie er sich gegen den ihm gemachten Schuldvorwurf zu wehren hat, konsultiert er vielfach überhaupt erst einen Verteidiger.

Der Gesetzgeber wiederum hat nicht nur das Institut der Verteidigung normiert, sondern auch alle Vorschriften veröffentlicht, um den einzelnen so die Orientierung über das legislatorisch Erklärte zu ermöglichen und damit jedermann das Recht gegeben, Rechtskenntnis zu erlangen.² Somit besteht ein Recht auf Kenntnis des Verbotenen und des Erlaubten. Seine Ordnungsfunktion kann das Recht nämlich nur ausüben, wenn es den jeweils Beteiligten bekannt ist.

¹ vgl. Maunz/Zippelius § 18 I 3; Hendrichs in: von Münch (Hrsg.), GG Art. 19 Rdnr. 25

² zum Recht auf Rechtskenntnis vgl. Mallison S. 134, 120 ff, 94 ff; ihm zustimmend Maiwald ZStW 1981, 885 (889); ähnlich Heeb, Diss. jur. Tübingen 1973 S. 69; Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1967 S. 35 Fn. 12; Hofstetter, Diss. jur. Bern 1938 S. 91

Weitere Begründung für ein Recht auf Kenntnis des Verbotenen und des Erlaubten ist der von Maiwald aus § 17 StGB gezogene Umkehrschluß.¹ Die Regelung des Verbotsirrtums setzt voraus, daß es eine Pflicht des einzelnen gibt, rechtliche Verbote zu kennen bzw. das Unrecht seiner Handlung im Rahmen des ihm Möglichen und Zumutbaren zu kennen. Ist diese Kenntnis geboten, muß der einzelne auch ein Recht auf sie haben. Ein Recht auf Kenntnis des Unrechts setzt jedoch gleichzeitig auch ein Recht auf Kenntnis des Dürfens voraus, da die Kehrseite des Unrechts notwendigerweise das Erlaubte ist.²

Wenn somit zum einen das Institut der Verteidigung zur Verwirklichung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs geschaffen wurde und zum anderen ein Recht auf Rechtskenntnis existiert, muß aus diesem Zusammenspiel die Hilfe, die sich allein auf die Ausübung dieses Rechts bezieht, nämlich die Auskunft über die Rechtslage, zum Wesensgehalt, d.h. zur eigentlichen Natur und Grundsubstanz der Verteidigung zählen.

Damit handelt rechtmäßig, wer als Verteidiger den Beschuldigten neutral informiert und zwar auch über die Chancen, dem Strafvorwurf zu entgehen, d.h. über Verhaltensweisen, die zwar nicht erwünscht, aber auch nicht sanktioniert sind, wie z.B. die Spurenbeseitigung durch den Täter. Dieses muß auch gelten, wenn die wahrheitsgemäße Rechtsauskunft in dem Beschuldigten erst die Idee zur straflosen Selbstbegünstigung hervorruft. Denn der Verteidiger spricht damit nur die im Strafrecht niedergelegten Worte und Möglichkeiten aus.

¹ vgl. Maiwald ZStW 1981, 885 (889)

² ders. a.a.O.

Somit zählt nicht nur die Aufklärung über die den Schuldvorwurf betreffenden Rechtsnormen, sondern auch die Auskunft über die Verteidigungsmöglichkeiten zum Wesensgehalt der Verteidigung, der nicht durch eine Kriminalisierung dieser Handlungen ange- tastet werden darf.

2. Beratung und Empfehlung

Eng verknüpft mit der Frage der Aufklärung, aber in Rechtsprechung und Literatur kontrovers diskutiert, ist die Frage der Beratung des Beschuldigten bzgl. des Widerrufs eines Geständnisses, der Lüge, der Aussageverweigerung und des Leugnens etc..

Während das Abraten von der Selbstanzeige noch ziemlich einheitlich als erlaubtes Verhalten be- trachtet wird¹, der Rat zu falschen Angaben dagegen als Strafvereitelung beurteilt wird², gehen die Ansichten über den Rat, keine Aussage zu machen und ein Geständnis zu widerrufen³, auseinander.

Hauptargument für die Beurteilung dieser Verhal- tensweisen als strafbar ist die durch sie erfolgen- de Beeinträchtigung der Wahrheitserforschung und damit das Erschweren der Strafverfolgung, ungeach-

¹ vgl. dazu Dreher/Tröndle § 258 Rdnr. 7; Müller- Dietz Jura 1979, 242 (251); BGHSt 2, 375 (378)

² vgl. dazu Dreher/Tröndle a.a.O.; Müller-Dietz a.a.O.; BGH a.a.O.; KK-Laufhütte vor § 137 Rdnr. 5

³ vgl. dazu Dreher/Tröndle a.a.O.; S/S-Stree § 258 Rdnr. 20; Arzt/Weber LH 4 Rdnr. 258; BGHSt 10, 393; BGH MDR 1982, 970, die dieses Handeln als erlaubt ansehen; a.A.: LR-Dünnebier vor § 137 Rdnr. 16; OLG Oldenburg GA 1956, 189 (190); dif- ferenzierend: Müller-Dietz Jura 1979, 242 (251, s. dort auch Fn. 60), der das Abhalten des ge- ständnisbereiten Mandanten von seiner Einlassung als strafbar, den Rat, generell keine Aussage zu machen, als straflos ansieht.

tet der Tatsache, daß die Strafverfolgung durch eine effiziente Verteidigung immer erschwert werden wird.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß auch die Beratung des Beschuldigten - dem in den meisten Fällen eine abstrakte Auskunft allein wenig weiterhilft - zum Wesen einer sinnvollen Verteidigung zählt. Dem Beschuldigten soll nicht nur eine Auskunft über seine prozessualen Rechte und Möglichkeiten gegeben werden, er soll auch bei seiner Entscheidung, wo und wie er diese wahrnehmen will, beraten werden. Jeder Beschuldigte, der den drohenden Sanktionen entgehen möchte, bedient sich - auch wenn er geständnisbereit ist - ja gerade deshalb eines Verteidigers, da er von diesem erwartet, daß er ihn über die zulässigen Mittel und Wege belehrt und berät. Wäre die Verteidigung hieran gehindert, wäre der Beschuldigte gezwungen, sich die Auskunft über eine effektive Verteidigung auf anderen Wegen zu verschaffen. Ein Krimineller wäre dann jedoch immer im Vorteil gegenüber dem harmlosen Ersttäter.

Die Strafprozeßordnung gewährt jedem Beschuldigten die gleichen Rechte und Möglichkeiten. Er kann die Wahrheit sagen, schweigen und leugnen. Nicht jeder Beschuldigte hat jedoch die intellektuellen Fähigkeiten, zu erkennen, welche Verhaltensweise für ihn in der konkreten Verfahrenssituation die beste ist.

Außerdem zwingt die allgemein anerkannte Stellung des Beschuldigten als Prozeßsubjekt zu einer derartigen Betrachtungsweise. Denn die ihm zugebilligte Stellung darf ihn nicht nur rechtlich in diese Lage versetzen, sondern muß es ihm auch tatsächlich ermöglichen, seine Persönlichkeit zu wahren und in den Gang des Verfahrens gestaltend

einzugreifen.¹ Dies kann er jedoch nur wirksam vollziehen, wenn er über die Auskunft hinaus eine eingehende Beratung bzgl. seiner prozessualen Möglichkeiten und Konsequenzen erhält.

Allgemein anerkannt ist dabei der Schutz des Betroffenen vor dem Zwang zu aufklärender Aktivität.² Das Bundesverfassungsgericht hat den Grundsatz des "nemo tenetur se ipsum accusare" in Verfassungsrang erhoben.³ Danach ist es mit der Menschenwürde unvereinbar, durch Selbstbelastung eine Voraussetzung für die Verhängung von Sanktionen liefern zu müssen.

Wird dem Betroffenen damit die freie Wahl zwischen den Möglichkeiten, die Wahrheit zu sagen, zu schweigen und zu lügen, zugestanden, so muß ihm zuvor, damit dieses Wahlrecht nicht leerläuft, auch die Chance der Information über die bestmögliche Verhaltensweise in diesem Verfahrensstadium zugestanden werden.⁴

Folglich muß der Verteidiger dem Beschuldigten auch bei der Verwirklichung dieser ihm vom Gesetzgeber zugestandenen Möglichkeiten helfen dürfen. Die Beratung, z.B. von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen, kann zwar ebenso wie die Auskunft über die Straflosigkeit der Selbstbegünstigung eine Gefährdung der Durchsetzbarkeit des staatlichen Sanktionsrechts bedeuten. Sie als strafbare Handlungen einzustufen, hieße jedoch, die Prozeßsubjektstellung des Beschuldigten leerlaufen zu lassen und

¹ vgl. dazu Hardwig ZStW 1954, 256 (245)

² vgl. Wessels JuS 1966, 169 (171) Stree JZ 1966, 593 (595 ff); Stürner NJW 1981, 1757 ff

³ BVerfG NJW 1981, 1431

⁴ vgl. dazu auch Heeb, Diss. jur. Tübingen 1973 S. 49 ff; Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 134 f

damit in den Wesenskern der Verteidigung einzugreifen.

Ist der Beschuldigte gerade nicht verpflichtet an seiner Überführung mitzuwirken, ist die Empfehlung zu leugnen, zu schweigen, falsche Angaben zu machen, von einer Selbstanzeige abzusehen oder das abgelegte Geständnis zu widerrufen wie auch der Rat zu fliehen, stets erlaubt, da damit dem Beschuldigten lediglich nahegelegt wird, von einem ihm zustehenden Recht bzw. einer sanktionslosen Verhaltensweise Gebrauch zu machen.¹

Davon zu trennen ist jedoch alles, was über die neutrale Beratung hinausgeht. Dazu zählen die Überredung des Beschuldigten, von den ihm zustehenden sanktionslosen Möglichkeiten Gebrauch zu machen, sowie die Konstruktion einer in seiner Situation z.B. zum Freispruch führenden Aussage, sowie anderer 'vielversprechender' Lügen.²

Während damit die bloße Darlegung der verschiedenen Möglichkeiten und der Rat, die günstigste zu wählen, zum Wesensgehalt der Verteidigung zählen, müssen alle unmittelbaren Willensbeeinflussungen des Verteidigers, die darauf gerichtet sind, daß der Beschuldigte unter dem Druck des Verteidigers z.B. von Lügen Gebrauch macht, dem Tatbestand der § 258 Abs. 1 StGB unterfallen.³

Damit ist deutlich geworden, daß Auskunft und Beratung zu dem Wesensgehalt der Verteidigung zählen,

¹ im Ergebnis ebenso Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 138 f; Strzyz S. 107 und a.A. bzgl. der Flucht vgl. S. 260 f

² vgl. dazu unten 4. Kapitel, 2. Teil F III 2; idS auch Otto Jura 1987, 329 (330)

³ vgl. dazu unten 4. Kapitel, 2 Teil E III

der garantiert sein muß. Den Verteidiger innerhalb dieser Handlungsweisen einzuschränken, hieße den Wesensgehalt der Verteidigung berühren. Da jedoch das Recht auf einen Verteidiger als Verwirklichung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs Verfassungsrang genießt, muß auch der Verteidigung ein unantastbarer Kern zugestanden werden.

3. Gestaltung der Verteidigungskonzeption

Ein weiterer wesentlicher Faktor innerhalb einer effektiven Verteidigung ist die Gestaltung einer Verteidigungskonzeption, d.h. der Verteidiger muß zunächst an Hand der vom Mandanten erhaltenen Informationen sein weiteres Vorgehen planen. Dabei können das bisherige Ermittlungsergebnis sowie die Persönlichkeit des Mandanten Sachzwänge zur Folge haben, die die Verteidigungsmöglichkeiten erheblich einschränken. Es ist hier erforderlich, so früh wie möglich ein bestimmtes Verteidigungskonzept festzulegen, weil eine konzeptionslose Verteidigung unrationell und gefährlich sein kann.¹

Während dies für das Verhältnis Verteidiger/Mandant keiner weiteren Erörterung bedarf, da es sich hier um einen allgemeinen Grundsatz handelt, muß die Gestaltung der Verteidigungskonzeption auch zum Wesensgehalt der Verteidigung zählen, wenn sie im Rahmen eines einheitlichen Verfahrens gegen mehrere Beschuldigte von den Verteidigern gemeinsam erstellt wird.² Eine Koordinierung der Verteidigung dergestalt, daß die einzelnen Verteidiger sich im

¹ Warburg Rdnr. 39 ff; Kunigk S. 166

² idS auch Richter II in: FG für Peters S. 235 (237 f); Dahs HB Rdnr. 59, 379; Ostendorf JZ 1979, 252 (254); OLG Frankfurt StrVert 1981, 28 (30)

Rahmen einer "Sockelverteidigung" auf die Ausübung eines bestimmten prozessualen Rechts aller Mitbeschuldigten, z.B. des Schweigerechts, einigen, oder aber, daß ein weiterer Zeuge benannt werden soll, gehört als Absprache des "Wie" des weiteren gemeinsamen oder konträren Vorgehens dabei ebenso zum Kernbereich der Verteidigung wie Aufklärung und Beratung, da die Verteidigung dann so früh wie möglich auf ein wirksames Fundament aufgebaut werden kann.¹

Mag auch dieses Ordnungsprinzip für sich nicht eine derartige Orientierungsgewißheit bieten wie das Prinzip des gesetzlichen Verbots, so ist es doch in dem Gefüge der weiteren noch aufzustellenden Ordnungsprinzipien eher geeignet, Rechtssicherheit zu schaffen, als die untersuchten Lösungsansätze.

Damit ist neben dem Prinzip des gesetzlichen Verbots mit dem Prinzip der Wesensgehaltsgarantie der Verteidigung ein Prinzip konträr zum ersten aufgestellt worden. Beide Prinzipien umfassen noch längst nicht alle Verteidigertätigkeiten, stellen jedoch die beiden äußersten Eckpunkte dar, zwischen denen sich die weitere Aufstellung von Prinzipien abspielen soll.

¹ Davon zu unterscheiden ist jedoch das Abstimmen der Einlassungen der Mitbeschuldigten dergestalt, daß die Verteidiger ihre Falschaussage erstellen bzw. formen, vgl. dazu unten 4. Kapitel, 2. Teil
F IV 2

C. Prinzip des mangelnden Zusammenhangs

Verteidigerhandlungen, wie z.B. das Verschwindenlassen der Tatwaffe, die keinen anderen Straftatbestand erfüllen, aber dennoch einen "extremen Fall"¹ darstellen, sollen nach wohl einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Literatur tatbestandsmäßig iSd § 258 Abs. 1 StGB sein.²

Auch hier soll die richterliche Wertung als "extrem" mittels eines Ordnungsprinzips durch einen objektivierbaren Maßstab ersetzt werden.

I. Der 'Zusammenhang' als Voraussetzung für Eingriffsrechte

Auch wer an sich legitime Zwecke - hier die in §§ 137 ff StPO normierte Verteidigung - erstrebt, muß sich strafbar machen, wenn er sich dazu eines Mittels bedient, das mit dem Ziel in keiner inneren Beziehung steht.

Dieses vom Bundesgerichtshof für die Nötigung zu Recht betonte Prinzip³, hat seinen Grund darin, daß bei mangelndem Zusammenhang die soziale Sinnbeziehung und damit die Legitimation für den bei der Nötigung vorgenommenen Willenszwang fehlt.⁴

¹ zu diesem Terminus vgl. Beulke, Verteidiger S. 229

² zur Strafbarkeit dieser Handlung vgl. S/S-Stree § 258 Rdnr. 20; Ostendorf NJW 1978, 1345 (1349); Müller-Dietz Jura 1979, 242 (251)

³ so insbesondere BGHSt 5, 254 (258); vgl. auch OLG Hamm NJW 1983, 1505 (1506); RGSt 64, 379 (380 f)

⁴ idS Roxin JuS 1964, 373 (377); vgl. auch S/S-Eser § 240 Rdnr. 23; Arzt in: FS für Welzel S. 823 (835 f)

Eine interessante Parallele zur Zulässigkeit von Nötigungsmitteln ist innerhalb des Notwehrrechts und der Selbsthilfевorschriften zu finden.¹ Auch hier wird mit dem Prinzip des Zusammenhangs gearbeitet, z.B. § 32 StGB verleiht dem Täter ein echtes Eingriffsrecht.² Dieser Erlaubnissatz greift für den Täter jedoch nur ein, wenn sein Handeln sich gegen den Angreifer richtet³, der Angriff gegenwärtig und rechtswidrig ist⁴ und die vorgenommene Verteidigerhandlung erforderlich⁵ ist. D.h. das Eingriffsrecht besteht nur, wenn das Handeln des Täters in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Angriff steht. Ist dieser Zusammenhang gewahrt, ist der Täter - zumindest was das Erfolgsunrecht anbelangt - gerechtfertigt.

Auch bei der Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs wird das Prinzip des mangelnden Zusammenhangs deutlich. So soll der Arzt nach der überwiegenden Ansicht in der Rechtslehre bei einem zu Heilzwecken indizierten und lege artis durchgeführten Eingriff straflos sein.⁶ Fehlt dieser Zusammenhang, liegt tatbestandsmäßig eine Körperverletzung vor.

¹ vgl. dazu Fezer GA 1975, 353 (356)

² S/S-Lenckner § 32 Rdnr. 1

³ S/S-Lenckner § 32 Rdnr. 31

⁴ zur Definition Gegenwärtigkeit und Rechtswidrigkeit vgl. S/S-Lenckner § 32 Rdnr. 13 ff u. 19 ff

⁵ zum Begriff der Erforderlichkeit vgl. S/S-Lenckner § 32 Rdnr. 34 ff

⁶ vgl. zum Meinungsstand und den unterschiedlichen Begründungen Wessels BT-1 § 6 I 2

II. Fehlende soziale Sinnbeziehung zwischen Verteidigerhandlungen und dem Institut der Verteidigung

Dieses von der Rechtsordnung anerkannte und von Rechtslehre und Rechtsprechung vielfach benutzte Prinzip kann auch hier zur Aussonderung strafbaren Verteidigerhandelns herangezogen werden.

Der Gesetzgeber erlaubt dem Beschuldigten die Einschaltung eines Verteidigers, d.h. eine Strafverfolgung um jeden Preis findet - wie oben bereits erörtert¹ - nicht statt.

Voraussetzung für die Straflosigkeit des Verteidigers muß dann jedoch sein, daß jedes einzelne Tätigwerden seinerseits auch im Zusammenhang mit dem Institut der Verteidigung steht, sich also als sog. aufgabenadäquates Handeln darstellt. Demgegenüber kann jedoch die willkürliche Verknüpfung von verschiedenen Vorgängen mit der Verteidigung ohne jegliche innere Beziehung zum Institut der Verteidigung nicht als Verteidigungshandlung legitimiert sein. Damit muß die Rechtmäßigkeit bestimmter Verhaltensweisen des Verteidigers immer dann ausgeschlossen sein, wenn die vorgenommene Handlung in keinem Zusammenhang mit Sinn, Zweck und Funktion der Verteidigung steht, hier also die soziale Sinnbeziehung fehlt.

Das Institut der Verteidigung ist geschaffen worden, um Defizite auf der Beschuldigtenseite auszugleichen², nicht jedoch, um den Beschuldigten um jeden Preis der Strafe zu entziehen.

¹ vgl. 2. Kapitel, 2. Teil A

² vgl. 2. Kapitel, 2. Teil

Hinsichtlich der Fälle, die in der Literatur auch als extreme Fälle bezeichnet werden¹, wie z.B.:

- Beseitigung belastender Beweisstücke, z.B. Verschwindenlassen der Tatwaffe²
- Verbergen des Täters³,
- Erschweren der Blutentnahme beim Verdächtigen⁴,
- Ermöglichung der Verdunkelung durch Hinausschmuggeln von Briefen oder Weiterleitung mündlicher Mitteilungen des Untersuchungshäftlings⁵,
- Herbeiführen begünstigender Absprachen unter verhafteten Mitangeklagten durch Übermittlung von Informationen⁶,
- Informieren eines Zeugen vor dem Gerichtssaal vom Stand der Beweisaufnahme,

bedarf es keiner weiteren Erörterung, da sie schon derart offensichtlich ohne Zusammenhang zu Aufgaben, Sinn und Zweck der Verteidigung stehen. Sie werden zwar anlässlich einer Strafverteidigung vorgenommen, doch fehlt ihnen die objektive Sachbezogenheit zum Institut der Verteidigung, da Handlungen vorgenommen werden, für die zum einen jeder beliebige Dritte in Betracht kommen könnte und nicht in erster Linie oder ausschließlich der Rechtsanwalt in seiner Funktion als Verteidiger. Zum anderen gehen diese Handlungen über die Grundkonzeption der Verteidigung, Auskunft, Beratung, Äußerung und Fürsprache, hinaus. Die vom Staat eingeräumten Rechte des Verteidigers würden damit

¹ so z.B. Beulke, Verteidiger S. 229

² vgl. S/S-Stree § 258 Rdnr. 20; Müller-Dietz Jura 1979, 242 (251); Ostendorf NJW 1978, 1345 (1349)

³ vgl. Müller-Dietz a.a.O.; Ostendorf a.a.O.

⁴ OLG Hamm DAR 1960, 19; S/S-Stree § 258 Rdnr. 20; Dreher/Tröndle § 258 Rdnr. 7

⁵ LG Hamburg JW 1938, 448; S/S-Stree § 258 Rdnr. 10; Müller-Dietz Jura 1979, 242 (251)

⁶ Dreher/Tröndle § 258 Rdnr. 7; Ostendorf NJW 1978, 1345 (1349)

grenzenlos ausgedehnt und seine Position zweckentfremdet zur Herbeiführung des Strafvereitelungserfolgs mit beliebigen Mitteln, so daß jegliche soziale Beziehung zu Sinn und Zweck der Verteidigung verloren ginge.

Auch wenn derartige Handlungen in Rechtsprechung und Literatur einheitlich als Strafvereitelung gewertet werden, konnte auch hier mit dem Prinzip des mangelnden Zusammenhangs eine Objektivierung dieser vorweggenommenen Wertung als "extreme Fälle" erfolgen.

Mit dem Prinzip des mangelnden Zusammenhangs ist ein Ordnungsprinzip konträr zum Prinzip der Wesensgehaltsgarantie der Verteidigung aufgestellt worden. Die hier zu erfassenden Verteidigerhandlungen gehen weit über das hinaus, was der Wesensgehalt der Verteidigung umschließt. Der Verteidiger überschreitet hier nicht nur den unantastbaren Kern, sondern nimmt Handlungen vor, die ohne jegliche Beziehung zu Sinn und Zweck der Verteidigung stehen. Verteidigerhandlungen, die zum Prinzip des mangelnden Zusammenhangs zählen, können somit niemals dem Prinzip der Wesensgehaltsgarantie der Verteidigung unterfallen.

Zwischen den Verhaltensweisen, die den Wesensgehalt der Verteidigung ausmachen, und denen, die das Institut der Verteidigung zweckentfremden, werden die weiteren unter Ordnungsprinzipien zu erfassenden Verteidigerhandlungen einzuordnen sein.

D. Prinzip der Subsidiarität strafrechtlicher Reglementierung des Verteidigers

Als weiteres Ordnungsprinzip zur Objektivierung strafbaren Verteidigerhandelns soll als notwendige Balance das Prinzip der Subsidiarität strafrechtlicher Reglementierung des Verteidigers herangezogen werden.

Dieses Prinzip soll hier Berücksichtigung finden, da zur Zeit der Terroristenprozesse innerhalb der Verschlechterung des Klimas zwischen Gerichten und Verteidigern seit 1974 vier Gesetze erlassen wurden, mit denen der Gesetzgeber auf Mißbräuche der Strafverteidigung reagierte.¹ Dh., der Gesetzgeber baute zusätzlich neben dem bestehenden § 258 Abs. 1 StGB in die Strafprozeßordnung weitere Sperren zur Abwehr bzw. Verhinderung "mißbräuchlichen" Verteidigerverhaltens ein. Es existieren damit Normen innerhalb der Strafprozeßordnung, die, ohne eine Sanktion auszusprechen, ebenso wie § 258 Abs. 1 StGB dem Schutz der Strafrechtspflege dienen.

Sollten durch derartige Normen außerhalb des Strafgesetzbuches andere weniger gravierende Eingriffe als die Bestrafung des Verteidigers, die sich über § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO auch auf den Beschuldigten auswirkt, zur Verfügung stehen, die ausreichenden Schutz der Strafrechtspflege vor bestimmten Verteidigerhandlungen gewährleisten, besteht für derartige Verhaltensweisen evtl. kein Strafbedürfnis.

Dieses Verteidigerhandeln soll unter dem hier aufzustellenden Ordnungsprinzip erfaßt und aus den Bereich strafbaren Verhaltens ausgeschieden werden.

¹ vgl. oben Einführung S. 3

I. Bedeutung und Anwendbarkeit des Prinzips

1. Ableitung aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Als Ausfluß des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stellt sich das Prinzip des Interventionsminimums¹ dar², das - speziell auf das Strafrecht bezogen - in dem Grundsatz der Subsidiarität des Strafrechts seinen Niederschlag gefunden hat.^{3,4}

Zusammenfassend läßt sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dahingehend definieren, daß die Individualrechtssphäre des Bürgers nicht unnötig und nicht mehr als erforderlich beeinträchtigt werden darf. Dabei müssen die staatlichen Interessen um so gewichtiger sein, je empfindlicher der einzelne in seiner Freiheit beeinträchtigt wird.⁵

Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit muß und soll hier zwar der leitende Gedanke sein, der allen Ordnungsprinzipien zugrunde liegt und ihnen die Richtung weist. Zu seiner Verdeutlichung bedarf es

¹ zum Begriff vgl. Schnapp JuS 1983, 850 (851)

² vgl. Günther JuS 1978, 8 (13); Gallas Beiträge S. 7, S. 16; von Münch GG Bd I Vorbem. Art. 1 - 19 Rdnr. 55; Schnapp a.a.O. S. 852

³ vgl. Günther a.a.O.; Gallas a.a.O.; Roxin JuS 1966, 377 (378)

⁴ Das Eingehen auf dieses Regelungselement des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes heißt nicht, dem Grundsatz als solchem nun ausschließlich den Vorzug als Abgrenzungskriterium zu geben. Daß er ebenso wie der Grundsatz des fair trial über der gesamten hier zu behandelnden Problematik steht, ist richtig, aber wegen der fehlenden erforderlichen Konkretisierung, die die Lösungsansätze von Bottke (vgl. 3. Kapitel 1. Teil C II 1) und Rissel (vgl. 3. Kapitel 1. Teil C II 2) gezeigt haben, nicht hilfreich.

⁵ vgl. BVerfGE 40, 196 (227); Schnapp JuS 1983, 850 (852)

jedoch auch gerade dieses konkretisierenden Rechtsgrundsatzes.

2. Bedeutung des Prinzips der Subsidiarität des Strafrechts

Das Prinzip der Subsidiarität des Strafrechts, aus dem das vorliegende Prinzip abzuleiten ist, besagt, daß das Strafrecht nur dort eingesetzt werden darf, wo es zum Schutz der Gesellschaft unbedingt notwendig ist, d.h. einzig zum Schutz derjenigen Rechtsgüter, die für das Leben der Menschen miteinander unentbehrlich sind und die auf andere Weise als durch das Strafrecht nicht wirksam geschützt werden können.¹ Zwar ist es Aufgabe des Strafrechts, die elementaren Werte der Gemeinschaft zu schützen, jedoch stellt die Strafnorm gewissermaßen die 'ultima ratio' des Gesetzgebers dar.² Bei Erlass einer Strafnorm darf er insbesondere nicht außer acht lassen, ob eine derartige Norm wegen gefährlicher Nebenwirkungen nicht vielleicht mehr Schaden als Nutzen stiftet, und ob alle Möglichkeiten ausgeschöpft sind, die sich außerhalb des Strafrechts zur Abwehr bieten³. D.h. einer Bestrafung steht es immer entgegen, wenn andere weniger gravierende Eingriffe als die Bestrafung des Verhaltens nach dem Strafgesetz, die einen zumindest gleichen Er-

¹ vgl. Jescheck Lb AT § 26 I 2; Roxin JuS 1966, 377 (382); Günther JuS 1978, 8 (11); Arthur Kaufmann in: FS für Henkel S. 89 (102); Müller-Emmert GA 1976, 291 (293); SK-Rudolphi Vor § 1 Rdnr. 14; LK-Jescheck Einl. Rdnr. 3

² vgl. BVerfGE 39, 1 (46 f); 6, 389 (433)

³ vgl. Badura, Sonderausschluß für die Strafrechtsreform 1970/71 S. 1091 ff (1092 u. 1094)

folg versprechen, zur Verfügung stehen.¹ Die gebotene rechtliche Mißbilligung kann nämlich auch auf andere Weise als mit den oft existenzvernichtenden Mitteln der Strafdrohung zum Ausdruck gebracht werden. Entscheidend ist dabei, ob die Gesamtheit der vorhandenen Maßnahmen, seien sie bürgerlichrechtlicher und/oder öffentlichrechtlicher Natur, einen der Bedeutung des zu sichernden Rechtsgutes entsprechenden tatsächlichen Schutz gewährleisten.² So hat das Bundesverfassungsgericht immer wieder betont, daß der Gesetzgeber zur besonderen Zurückhaltung verpflichtet ist, wenn es sich um einen Eingriff mittels eines Strafgesetzes handelt, also mittels der schärfsten Sanktion, über die er verfügt.³

Dabei ist es jedoch keinesfalls zwingend, daß der Grundsatz der Subsidiarität des Strafrechts immer mit dem Erlaß einer Strafvorschrift zusammenhängt, vielmehr kann von den Umständen, die das Strafbedürfnis begründen, auch - und dies gilt es hier zu untersuchen - der Anwendungsbereich einer bereits existierenden Strafvorschrift abhängen⁴. Dabei ist zu beachten, daß bei an sich gleichermaßen mißbilligungswerten Handlungen das Strafbedürfnis auch wechseln kann, so z.B. wenn - wie hier die Strafprozeßordnung im Zusammenhang mit dem Verteidigerhandeln - andere Gesetze "aufgerüstet" wurden. Mangels anderer Möglichkeiten außerhalb des Straf-

¹ Otto in: GS für Schröder S. 53 (57); Roxin JuS 1966, 377 (382); Sk-Rudolphi Vor § 1 Rdnr. 14

² Roxin JuS 1966, 377 (382); Sk-Rudolphi Vor § 1 Rdnr. 14; BVerfGE 39, 1 (46)

³ so ausdrücklich BVerfGE 6, 389 (433); idS auch BVerfGE 32, 98 (109 und 111)

⁴ vgl. Stratenwerth ZStW 1959, 565 (568); Badura Sonderausschuß für die Strafrechtsreform 1970/71 S. 1091

rechts kann früher durchaus ein Strafbedürfnis bzgl. gewisser Verhaltensweisen bestanden haben, das aufgrund neuer Gesetze mit weniger einschneidenden Mitteln als der Kriminalstrafe aber ebenso effektivem Schutz des Rechtsguts mittlerweile nicht mehr besteht.

3. Anwendbarkeit im Hinblick auf Verteidigerverhalten

Wird die Strafe im Hinblick auf den Verteidiger dort eingesetzt, wo mildere Verfahrensweisen zur Wahrung und Wiederherstellung der Rechtsordnung existieren und ausreichen, fehlt ihr, bezogen auf die soziale Notwendigkeit, die Legitimation. Strafdrohungen, deren rechtsbeeinträchtigende Wirkungen nicht durch den erzielten Rechtsgüterschutz aufgewogen werden, sind - wie bereits ausgeführt - nicht berechtigt. Sie können sich vielmehr als unangemessenes Mittel zur Verbrechensbekämpfung erweisen, wenn sie zusätzlich besonders gravierende Nebenwirkungen auslösen.

Unterwirft man den Verteidiger einer Kriminalstrafe, bedeutet dies für ihn eine Rechtsgüterbeeinträchtigung mit wohl selten existenzvernichtenden, auf jeden Fall aber in seine persönliche Freiheit hart eingreifenden Wirkungen, die sich auch über § 136a Abs. 1 Nr. 3 StPO auf den Beschuldigten ausdehnen können, da diesem der Verteidiger seiner Wahl entzogen werden kann.

Ein Prinzip der Subsidiarität strafrechtlicher Reglementierung des Verteidigers müßte aber im Verhältnis zu den anderen Verfahrensbeteiligten gerechtfertigt sein. Eine derartige den Verteidiger privilegierende Betrachtungsweise dürfte auch im Hinblick auf die Personen, die außerhalb des Ver-

fahrens stehen und deren Verhalten der Gesetzgeber in erster Linie mit § 258 Abs. 1 StGB erfassen wollte, keine Übervorteilung seiner Stellung sein.

Zur Untersuchung der Frage der Subsidiarität strafrechtlicher Reglementierung des Verteidigers sollen zunächst diejenigen Tatbestände, die - wie § 258 StGB - die Rechtspflege zum Schutzgut haben und die sich an die Funktionsträger der Rechtspflege wenden, untersucht werden.

Neben § 258 Abs. 1 StGB, der auch das Verteidigerhandeln erfaßt, ist jedem am Verfahren beteiligten Funktionsträger der Rechtspflege ein derartiger Tatbestand zugedacht: dem Richter die Rechtsbeugung, § 336 StGB, und dem Staatsanwalt die Verfolgung Unschuldiger, § 344 StGB, sowie die Vollstreckung gegen Unschuldige, § 345 StGB.

Diese Tatbestände sollen die Verfahrensbeteiligten spezialpräventiv zur Einhaltung ihrer Rollen im Strafprozeß anhalten, die ihnen nach Ziel und Zweck des Verfahrens zugedacht sind.

Da allein vom Wortlaut des objektiven Tatbestandes her jede von der höheren Instanz aufgehobene richterliche Entscheidung eine Rechtsbeugung nach § 336 StGB darstellt, jede Anklage eines letztendlich Freigesprochenen eine Verfolgung Unschuldiger iSd § 344 StGB und jede Verteidigung eines schließlich Verurteilten zumindest ein unmittelbares Ansetzen zu einer Strafvereitelung, all diese Handlungen innerhalb der Interaktion im Strafprozeß jedoch systemkonform sind, muß es einen Freiraum für solche sich als objektiv unrichtig erweisende Handlungen des Richters und des Staatsanwaltes sowie des Verteidigers und die Möglichkeit, sie zu korrigieren, geben.

Während hier bzgl. des Verteidigers häufig darauf hingewiesen wird, daß er sich ständig in der Nähe strafbarer Strafvereitelung befindet,¹ fehlen vergleichbare Anmerkungen im Zusammenhang mit §§ 336, 344, 345 StGB gänzlich.

Die notwendige "Indemnität" des Richters für seine unrichtige Handlung erreicht die herrschende Meinung durch die sog. objektive Rechtsbeugetheorie.² Danach liegt eine objektiv tatbestandsmäßige Beugung des Rechts nur vor, wenn der Richter das Recht objektiv falsch anwendet, wobei es sich um einen eindeutigen Rechtsverstoß handeln muß. Sind mehrere Entscheidungen objektiv vertretbar, oder bestehen bei der Rechtsauslegung begründete Zweifel, kann die Wahl der einen oder anderen dieser Interpretationsmöglichkeiten - gleichgültig aus welcher Motivation - bereits äußerlich keine Rechtsbeugehandlung darstellen, da sie sich noch im Rahmen des rechtlich Zulässigen hält.

Diese Art "Indemnität" der Verfahrensbeteiligten für ein jeweiliges "Fehlverhalten" wird bei den anderen Rechtspflegedelikten dadurch geschaffen, daß an die subjektive Tatseite gesteigerte Anforderungen gestellt werden.

Da nicht ein "normales Fehlverhalten" sanktioniert werden soll, kann nur ein Verhalten unter Strafe gestellt werden, das von vornherein auf einen "falschen Ausgang" des Verfahrens abzielte.

§§ 258 und 344 StGB tragen dieser Tatsache Rechnung, indem sie nur für diejenigen Fälle eingreifen, in denen "absichtlich oder wissentlich" Strafe vereitelt oder Unschuldige verfolgt werden.

¹ vgl. oben Einführung S. 1 ff.

² vgl. dazu S/S-Cramer § 336 Rdnr. 5a; Lackner § 336 Anm. 5a; Preisendanz § 336 Anm. 5; Maurach-Schroeder BT Tb-2 § 74 II 3; LK-Spendel § 336 Rdnr. 41 m.w.N.

Wenn ein Staatsanwalt nur strafbar ist, wenn er jemanden verfolgt, von dem er positiv weiß, daß er nicht verfolgt werden darf, entspricht diese Beschränkung vom Aufgabengebiet der Staatsanwaltschaft her auch prozessualer Logik.

Demgegenüber stellt sich die Verteidigung immer als zielgerichtetes und planvolles Handeln dar. Daß der Verteidiger hier absichtlich oder wissentlich versucht, die Strafe abzuwenden, und dies nicht nebenbei gerade einmal billigend in Kauf nimmt, sollte die Regel sein. Dieser vom Verteidiger von Berufs wegen geforderte Einsatz für den Beschuldigten¹ ist ein direkter Vorsatz, d.h. hier funktioniert die Ausklammerung "normalen Fehlverhaltens" durch die verstärkten Anforderungen an die subjektive Tatseite nicht.

Etwas anderes gilt natürlich für den Personenkreis, der außerhalb des Verfahrens steht und dessen Handeln der Gesetzgeber mit § 258 Abs. 1 StGB erfassen wollte. Ihm kommt die Ausklammerung des bedingten Vorsatzes bzgl. des Vereitelungserfolgs zugute.

Damit ist der Verteidiger durch § 258 Abs. 1 StGB einem Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt, daß das der anderen Strafverfolgungsorgane, die - wie der Verteidiger - am Wahrheitsfindungsprozeß beteiligt sind, erheblich übersteigt und sich auch vom Strafbarkeitsrisiko der Personen außerhalb des Verfahrens deutlich abhebt.

Hinzu kommt, daß die Justiz bei der Entscheidung über Rechtspflegedelikte institutionell befangen ist. Richter und Staatsanwälte entscheiden hier entweder als Berufskollegen des Täters bzgl. §§ 344, 336 StGB, denen Ähnliches durchaus auch passieren könnte, oder aber in ihrer Eigenschaft

¹ vgl. dazu oben 2. Kapitel, 2. Teil

als Verwalter des Schutzgutes 'Rechtspflege' und damit als Betroffene in eigener Sache.¹

Die Gefahr der straftatspezifisch ungleichen Behandlung ist daher bei diesen Delikten besonders groß.²

Die Indemnität, die Richtern und Staatsanwälten im Prozeß sowohl durch Ausgestaltung und Auslegung der sie betreffenden Tatbestände und durch eine äußerst zurückhaltende Handhabung der §§ 336, 344 und 345 StGB gesichert ist, benötigt auch der Verteidiger. Soll er im Prozeß die Wahrheitsforschung - einer institutionalisierten Konfrontationssituation - seine ihm zugewiesene Rolle wirksam wahrnehmen, so benötigt er einen Freiraum.

Dem Verteidiger ist ähnlich wie der Parlamentsopposition eine staatspolitisch wichtige Aufgabe zuge-dacht.³ Während der Freiraum für den Opponenten durch Art. 46 Abs. 1 GG anerkannt ist, muß der Verteidiger um diesen Freiraum kämpfen.

Aufgrund seiner besonderen Stellung und Funktion im Strafprozeß und der ungleichen Interpretation der Rechtspflegedelikte zu Lasten der Verteidigung kann die Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes auf den Verteidiger keine ungerechtfertigte Besserstellung im Hinblick auf die anderen Verfahrensbeteiligten und potentiellen Täter iSd § 258 StGB bedeuten.

Aufgrund des Prinzips der Subsidiarität des Strafrechts ist damit für die hier zu untersuchenden Verteidigerhandlungen die gesamte Rechtsordnung mit dem Ziel durchzuprüfen, das Strafrecht nur dort für

¹ so insbesondere Preuß in: Holtfort (Hrgb.), Interessenvertreter S. 48 (57); Müller, I. StrVert 1981, 90 (91)

² vgl. auch Müller, I. StrVert 1981, 90 (91)

³ vgl. zu dieser Parallele insbes. Müller, I. StrVert 1981, 90 (91)

den Schutz des bedeutsamen Rechtsguts der Strafrechtspflege einzusetzen, wo weniger tiefgreifende Mittel zu seiner Gewährleistung nicht ausreichen. Da die Strafprozeßordnung iSe effektiven Strafverfolgung, z.B. bzgl. des Beweisantrags- und Rügerechts (vgl. §§ 244, 240 Abs. 2 StPO), sowie des Rechts auf Akteneinsicht (vgl. § 147 Abs. 2 StPO) Grenzen setzt, stellt sich die Frage nach ihren Instrumentarien. Wenn diese Instrumentarien bereits ausreichen, den Schutz des staatlichen Strafanspruchs bzw. die Zurückdrängung gefährlicher Verhaltensweisen zu erzwingen, liefe es ihrem Sinn zuwider, statt einer dieser 'Sanktionen' zu einer Strafsanktion - sei es auch wegen versuchter Tat - zu greifen. Inwieweit diese Abwehrmechanismen Zustimmung verdienen, soll hier dahinstehen. Die Restriktionen sind - wie bereits erörtert¹ - unter dem Eindruck der Terroristenprozesse geschaffen worden und gelten seitdem für jedes Strafverfahren.

II. 'Mißbräuchliches' Verteidigerhandeln und taugliche Abwehrmechanismen außerhalb des Strafrechts

Bei der Untersuchung wirksamer Abwehrmechanismen außerhalb des Strafrechts sollen sämtliche in Prozeßverschleppungs- und Verdunkelungsabsicht vorgenommene Verhaltensweisen zunächst unter den vagen Sammelbegriff des Mißbrauchs gefaßt werden.² Wenn sich zeigen sollte, daß die Strafprozeßordnung wirksame Instrumentarien gegenüber gewissen Ver-

¹ vgl. oben Einführung S. 2 f

² Zur Untauglichkeit der Prozeßverschleppungs- und Verdunkelungsabsicht sowie des Mißbrauchs prozessualer Rechte als Abgrenzungskriterien zur Differenzierung zwischen legalem und strafbarem Verteidigerhandeln vgl. 1. Kapitel, 1. Teil B II 2

haltensweisen enthält, der Schutz des staatlichen Strafanspruchs also bereits wirksam durch das Prozeßrecht erfolgen kann, müssen derartige Handlungen nach dem Grundsatz der Subsidiarität des Strafrechts in bezug auf § 258 Abs. 1 und Abs. 4 StGB straflos bleiben.

1. Mißbrauch des Anwesenheitsrechts bei der
richterlichen Vernehmung
- § 168 c Abs. 5 S. 2 StPO

Durch Anwesenheit des Verteidigers bei der richterlichen Vernehmung kann u.U. der Untersuchungserfolg vereitelt oder verschlechtert werden, z.B. dadurch, daß der Zeuge mit Nachdruck zu einer Falschaussage angehalten oder unter dem Druck der Anwesenheit des Verteidigers zur Ausübung seines Zeugnisverweigerungsrechts veranlaßt werden soll.¹

Liegen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vor, daß der Verteidiger seine Anwesenheit oder das durch die Vernehmung erlangte Wissen dazu mißbraucht, die Ermittlungen durch unerlaubte Einwirkungen, insbesondere durch verbotene Beeinflussung von Zeugen oder Mitbeschuldigten oder Beseitigung von Beweismitteln zu stören, kann gemäß § 168c Abs. 5 S. 2 StPO im Ermittlungsverfahren seine Benachrichtigung bzgl. des Termins zur richterlichen Vernehmung unterbleiben.

Erlangt ein Verteidiger allerdings auf andere Weise Kenntnis vom Vernehmungstermin, hindert eine unterlassene Benachrichtigung nicht seine Anwesenheit.²

¹ vgl. dazu Kleinknecht/Meyer § 168c Rdnr. 5; BGHSt 29, 1 (3); 32, 125 (129); Krause StrVert 1984, 169 (172)

² KK-R. Müller § 168c Rdnr. 19; Kleinknecht/Meyer § 168c Rdnr. 5; BGHSt 29, 1 (5)

Damit ist ein umfassender Schutz der richterlichen Vernehmung vor mißbräuchlichem Verteidigerhandeln durch § 168c Abs. 5 StPO nicht gewährleistet. Die Manipulation bzgl. Beweismittel, Zeugenaussagen etc. wird noch eingehender zu untersuchen sein.

2. Mißbrauch des Akteneinsichtsrechts

- § 147 Abs. 2 StPO

Im Rahmen einer sachgerechten Verteidigung besteht für den Verteidiger im gesamten Verfahren das Recht zur Akteneinsicht gem. § 147 Abs. 1 StPO. Die frühzeitige Information des Beschuldigten über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe versetzt diesen in die Lage, sich rechtzeitig auf die Verteidigung einzurichten.

Einem gänzlich ungehinderten Informationsfluß muß nicht erst mit einem Unter-Strafe-Stellen der Weitergabe des Akteninhalts begegnet werden.

Dem staatlichen Interesse daran, daß in einem bestimmten Verfahrensstadium aus ermittlungstaktischen Gründen bestimmte beabsichtigte oder eingeleitete Ermittlungshandlungen nicht bekannt werden, wird vielmehr durch § 147 Abs. 2 StPO ausreichend Rechnung getragen. Danach kann dem Verteidiger bis zum Abschluß der Ermittlungen das Akteneinsichtsrecht versagt werden, wenn durch Einsichtnahme in die Ermittlungsakten der Untersuchungszweck gefährdet wird. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn die Akte die Ausfertigung eines Durchsuchungsbefehls enthält, oder aber aus ihr hervorgeht, daß die Staatsanwaltschaft gegen den Beschuldigten den Erlaß eines Haftbefehls beantragt hat.¹

¹ vgl. dazu Kleinknecht/Meyer § 147 Rdnr. 15 ff

Gegen die mißbräuchliche Weitergabe aller aus dem Akteneinsichtsrecht gewonnenen Informationen hält die Strafprozeßordnung bis zum Abschluß der Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft somit ein taugliches Instrument bereit.¹

3. Boykottmaßnahmen zur Verzögerung des
Verfahrens - §§ 142, 143, 145, 228, 229 StPO,
§§ 176, 177 GVG, § 150 BRAO

Bleibt ein Verteidiger trotz ordnungsgemäßer Ladung und ohne Befreiungsbeschluß nach § 231c StPO der Hauptverhandlung fern, liegt bei festgestellter Prozeßverschleppungsabsicht die Frage nach strafbarem Verhalten nahe.

Mit den §§ 228 Abs. 2 StPO für den Wahlverteidiger und 145 Abs. 1 und Abs. 4 StPO für den Pflichtverteidiger stellt die Strafprozeßordnung hier jedoch Instrumentarien zur Verfügung, die es dem Verteidiger gerade nicht gestatten, nach seinem Willen eine Unterbrechung oder Aussetzung der Hauptverhandlung zu erzwingen.² Hier werden vielschichtige Fallgestaltungen erfaßt, da der Verteidiger es sonst in der Hand hätte, das Gericht mit der Behauptung, durch andere unaufschiebbare Aufgaben verhindert zu sein, immer wieder zu Unterbrechungen der Hauptverhandlung zu zwingen oder aber zu veranlassen, ohne ihn zu verhandeln, auf die Gefahr hin, dadurch einen Revisionsgrund zu schaffen.³ Der

¹ ausführlich zur Weitergabe der aus dem Akteneinsichtsrecht erlangten Informationen vgl. 4. Kapitel, 2. Teil H II 1a zum Prinzip der Risikosphäre der Justiz

² vgl. dazu BGHSt 15, 306 (308); OLG Stuttgart JR 1979, 170 (171)

³ BGHSt 15, 306 (308)

Abwesenheit des Verteidigers steht dabei sein mangelnde Verhandlungsfähigkeit während der Hauptverhandlung gleich.¹

Ebenfalls erfaßt werden hier die Fälle eines unzeitigen Sich-Entfernens aus der Hauptverhandlung und die Weigerung die Verteidigung zu führen.

Handelt ein Pflichtverteidiger derart, kann das Gericht sogleich einen anderen Verteidiger bestellen

Auch außerhalb der in § 143 StPO geregelten Fälle hat das Gericht die Möglichkeit die Pflichtverteidigerbestellung zurückzunehmen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt hier als Grund jeder Umstand in Betracht, der den Zweck der Pflichtverteidigung und den ordnungsgemäße

Verfahrensablauf ernsthaft gefährdet.² Allerdings muß es sich dabei um ein Fehlverhalten von besonderem Gewicht handeln.³

Auch im Fall der Wahlverteidigung besteht seitens des Angeklagten kein Anspruch darauf, daß das Gericht unter allen Umständen mit der Verhandlung

inhält, auch nicht nach Art. 103 Abs. 1 GG.⁴ Hier entscheidet das Gericht vielmehr nach dem Grundsatz der prozessualen Fürsorgepflicht über eine mögliche

Aussetzung, wobei auch der Anlaß der "Verhinderung" berücksichtigt wird.⁵

Legt demgegenüber der Wahlverteidiger, um die Aussetzung bzw. Unterbrechung zu erzwingen, während der Hauptverhandlung sein Mandat nieder, so kann er

zur Vermeidung einer Verzögerung als Pflichtverteidiger bestellt werden, was bereits im Rahmen

¹ vgl. Kleinknecht/Meyer § 145 Rdnr. 5; LR-Dünnebier § 145 Rdnr. 9

² BVerfGE 39, 238 (244)

³ OLG Frankfurt StrVert 1985, 450 (451); KG JR 1983 349

⁴ BVerfG NJW 1984, 862

⁵ Kleinknecht/Meyer § 228 Rdnr. 8

der gerichtlichen Fürsorgepflicht geboten sein kann.¹

Kommt es dennoch zur Aussetzung der Hauptverhandlung, fallen gem. § 145 Abs. 4 StPO dem Verteidiger - sowohl dem Wahl- als auch dem bestellten Verteidiger - bei der hier angeführten schuldhaften Verursachung die Kosten zur Last.²

Sitzungspolizeiliche Maßnahmen - z.B. Entfernen eines Verteidigers aus dem Verhandlungsraum - sind gem. §§ 176, 177 GVG im Fall eines Fehlverhaltens eines Verteidigers, das zur Störung der Verhandlung bis hin zur Unmöglichkeit ihrer weiteren ordnungsgemäßen Durchführung führt, nach dem Gesetzeswortlaut nicht möglich. Ob in Extremfällen die Ausschließung eines Verteidigers über §§ 176, 177 GVG entgegen dem Gesetzeswortlaut möglich sein kann, soll hier nicht weiter erörtert werden, wird von der Rechtsprechung jedoch bejaht und auch vollzogen.³

Ansonsten besteht nach § 229 StPO die Möglichkeit der Unterbrechung der Hauptverhandlung, oder aber in ganz extremen Fällen die Möglichkeit über das Standesrecht, § 150 BRAO, durch ein vorläufiges Vertretungsverbot Abhilfe zu schaffen.⁴

Die Strafprozeßordnung und die Rechtsprechung zwingen das Gericht jedoch nicht, erst auf das mißbräuchliche Verteidigerhandeln zu warten, sondern

¹ Kleinknecht/Meyer § 145 Rdnr. 3

² vgl. ders. a.a.O. Rdnr. 11

³ vgl. BGH NJW 1977, 437; im Ansatz wohl auch BVerfGE 38, 105 (120); zustimmend LR-Schäfer § 176 GVG Rdnr. 21 ff

⁴ vgl. dazu auch Kissel GVG § 176 Rdnr. 42, der die Anwendbarkeit der §§ 176, 177 GVG ablehnt.

statten es auch mit einer Reihe von Vorsorgemaßnahmen aus.

Um einem evtl. Mißbrauch durch Boykottmaßnahmen innerhalb der Hauptverhandlung vorzubeugen, ist es dem Gericht über § 142 StPO ebenfalls möglich, mehrere Pflichtverteidiger zu bestellen.¹ Zur Gewährleistung einer ausreichenden Verteidigung bietet sich die Möglichkeit vor allem in 'Monstreprozessen' an. Die Möglichkeit der Aussetzung oder Unterbrechung im Rahmen des § 145 StPO besteht dann nicht, wenn von mehreren Verteidigern wenigstens einer erscheint.²

Zwar ist neben einem Wahlverteidiger die Bestellung eines Pflichtverteidigers im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, §§ 141, 143 StPO, nach der Rechtsprechung und Teilen der Literatur jedoch zulässig.³ Aus Gründen der prozessualen Fürsorgepflicht, nach der das Gericht während des gesamten Strafverfahrens insbesondere darauf bedacht sein muß, den reibungslosen zügigen Fortlauf des Verfahrens zu sichern, können derartige Maßnahmen geboten sein,⁴ wobei bereits die Ankündigung des Wahlverteidigers zur Hauptverhandlung nicht zu erscheinen, die vorsorgliche Bestellung eines Pflichtverteidigers rechtfertigen kann⁵.

¹ Kleinknecht/Meyer § 142 Rdnr. 10

² vgl. LR-Dünnebier § 145 Rdnr. 14; Kleinknecht/Meyer § 145 Rdnr. 4; OLG Frankfurt NJW 1962, 1964

³ BGHSt 15, 306 (309); OLG Koblenz NSTz 1982, 43; OLG Frankfurt NJW 1972, 2055; OLG Hamm NJW 1978, 1986; Kleinknecht/Meyer § 141 Rdnr. 3 u. § 143 Rdnr. 1; KK-Laufhütte § 143 Rdnr. 3; Pelchen Anm. zum Urteil des OLG Stuttgart v. 28.4.1979 - 3 Ss (3) 73/78 in: JR 1979, 172; a.A. Römer ZRP 1977, 92ff, der die prophylaktische Verteidigerbestellung nach der StPO für unzulässig hält, ein praktisches Bedürfnis im Hinblick auf eine zusätzliche Verteidigerbestellung jedoch grds. bejaht.

⁴ BGHSt 15, 306 (309); OLG Hamm NJW 1978, 1986

⁵ OLG Stuttgart JR 1979, 170

Bei Boykottmaßnahmen wie z.B. das Niederlegen des Mandats in der Hauptverhandlung oder der Nichterscheinen zur Hauptverhandlung beinhaltet die Strafprozeßordnung damit einen hinreichenden Abwehrmechanismus.

Aussetzung und Unterbrechung aufgrund in Prozeßverschleppungsabsicht vorgenommener Weigerung die Verteidigung zu führen, oder aber aufgrund unzeitigen Sich-Entfernens aus der Hauptverhandlung sind kaum mehr nötig. Kommt es dennoch dazu, trägt der Verteidiger, wie festgestellt, immer noch gem. § 145 Abs. 4 StPO die Kostenlast.

4. Unbegründete Richter- oder Schöffenablehnung

- §§ 26a Abs. 1, 29 Abs. 2, 31 StPO

Für die Fälle der Richterablehnung stellt zunächst § 26a StPO ein vereinfachtes Verfahren zur Verfügung. Danach kann der abgelehnte Richter selbst bzw. das Gericht, dem er angehört, unter seiner Mitwirkung über die Zulässigkeit des Ablehnungsantrages entscheiden.

Damit ist dem hinter dem Ablehnungsantrag stehenden Ziel des Verteidigers - der Prozeßverschleppung - durch die Kürze des Verfahrens schon ein 'gewichtiger Stein' in den Weg gelegt.

Beantragt der Verteidiger die Ablehnung nur, um dem Fortgang des Verfahrens Hindernisse zu bereiten, so sind lediglich Form und Schein eines Ablehnungsgesuchs vorhanden¹. Es ist weiterhin unzulässig, wenn damit nur verfahrensfremde Zwecke verfolgt werden, wobei das Gericht aus der Abwegigkeit der Argumente auf die Sachfremdheit schließen kann.² Ist die Unzulässigkeit offensichtlich, d.h. ohne weitere Nachforschung ersichtlich, kann dieses vereinfachte Verfahren angewandt werden.

¹ KK-Pfeiffer § 26a Rdnr. 4

² Kleinknecht/Meyer § 26a Rdnr. 4

Die Strafprozeßordnung enthält mit § 29 Abs. 2 noch eine weitere Sperre. Diese Vorschrift ermöglicht dem erkennenden Gericht, die Entscheidung über Ablehnungsgesuche für eine begrenzte Zeit zurückzustellen. Damit entfällt u.a. der Anreiz, das Ablehnungsrecht zur Erzwingung einer Unterbrechung der Hauptverhandlung zu verwenden.¹ Eine Weiterverhandlung ist trotz Richter- oder Schöffenablehnung zeitlich begrenzt zulässig, wenn die Entscheidung des Gerichts über die Ablehnung eine Unterbrechung der Hauptverhandlung erfordern würde. Damit hat der Verteidiger es nicht mehr in der Hand, die Hauptverhandlung zu 'torpedieren'. Diese kann vielmehr bis zum Ende des Beweisaufnahme oder dem Beginn des dem Ablehnungsgesuch folgenden Verhandlungstages fortgeführt werden, es sei denn, daß unter Aufwendung aller zumutbarem organisatorischen Maßnahmen eine vorherige Entscheidung möglich ist. Entsprechendes gilt über § 31 StPO für die Schöffenablehnung.

Damit verdient auch dieses mißbräuchliche Verteidigerhandeln nicht die Ahndung der Kriminalstrafe. In diesem Zusammenhang sei ausdrücklich auf Beulkes Hinweis auf die Terroristenprozesse verwiesen, wo im Verfahren gegen Baader und weitere Beteiligte erst der 85. Ablehnungsantrag Erfolg hatte.²

5. Mißbrauch des Fragerechts und des Kreuzverhörs - § 241 StPO

Gem. § 240 Abs. 2 StPO hat der Verteidiger ein allgemeines Fragerecht, das ihm als Ganzes grds.

¹ vgl. dazu auch Rieß NJW 1978, 2265 (2268)

² Beulke, Verteidiger S. 219

nicht entziehbar ist.¹ Wenn der Verteidiger Zeugen oder Sachverständigen durch unsachgemäße Befragung so zusetzt, daß dadurch die Gefahr unrichtiger Angaben oder die Gefahr verbotener Willensbeeinflussung entsteht, oder wenn durch die Art der Befragung die Gefahr einer Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung hervorgerufen wird, stellt sich auch hier die Frage, inwieweit derartiges Verhalten zu poenalisieren ist.² Zum einen muß der Verteidiger hinsichtlich der Zeugenaussage Zweifel aufwerfen dürfen, um festzustellen, ob der Zeuge im Rahmen seiner Gedächtnisanspannung eine wahrheitsgemäße Aussage macht oder verunsichert ist, denn auf eine unsichere Zeugenaussage darf keine Verurteilung gestützt werden. Zum anderen kann er mit einem solchen Auftreten einen Zeugen derart verunsichern, daß dieser nunmehr nicht mehr aussagen will.

Gem. § 241 Abs. 2 StPO kann der Vorsitzende durch prozeßleitende Verfügung jedoch einzelne Fragen zurückweisen, falls sie ungeeignet sind oder nicht zur Sache gehören.³ Neben völlig sachfremden Fragen fallen hierunter auch zur Sache gehörende Fragen, wenn es sich um Suggestivfragen handelt, oder Fragen, die in einer Form gefaßt sind, die darauf abzielt, den Zeugen oder Sachverständigen zu einer mehrdeutigen Antwort zu verleiten, um ihn dadurch festzulegen oder aber einen Einwand gegen seine Aussage zu gewinnen.⁴ Hierzu zählen auch Fragen,

¹ Kleinknecht/Meyer § 241 Rdnr. 1; KK-Treier § 241 Rdnr. 1

² zur Strafbarkeit gem. § 258 Abs. 1 StGB vgl. Dreher/Tröndle § 258 Rdnr. 7; S/S-Stree § 258 Rdnr. 20; RGSt 70, 390 (392); a.A. Arzt/Weber LH 4 Rdnr. 258; Ostendorf NJW 1978, 1345 (1349)

³ BGHSt 13, 252 ff; BGH bei Dallinger MDR 1973, 371 (372); OLG Karlsruhe NJW 1978, 436

⁴ vgl. dazu LR-Gollwitzer § 241 Rdnr. 9 ff

die darauf abzielen, den Befragten zu verwirren¹, und solche, die sich auf Vorgänge beziehen, über die aus Rechtsgründen kein Beweis erhoben werden darf².

Um sich bzgl. der Zulässigkeit der Frage zu vergewissern, kann sich der Vorsitzende nach dem Zweck der Frage erkundigen und eine nähere Erläuterung verlangen.³ In Ausnahmefällen kann der Vorsitzende außerdem die vorherige Mitteilung der Frage verlangen.⁴

Damit zeigt das Prozeßrecht einen intakten Mechanismus, dem Mißbrauch des Fragerechts entgegenzuwirken.

So muß dem Verteidiger das Stellen von Suggestivfragen auch mit der Intention des Mißbrauchs - z.B. zur Erreichung wahrheitswidriger Aussagen oder zur Erschütterung der Glaubwürdigkeit - strafrechtlich erlaubt sein. Er muß Zeugen in Widersprüche verwickeln dürfen, auch wenn er weiß, daß sie die Wahrheit sagen. Geht der Verteidiger dabei zu weit, liegt es in den Händen des Gerichts, ihn zu bremsen.

Für das Kreuzverhör muß hier im Ergebnis dasselbe gelten wie für das Fragerecht.

Gem. § 241 Abs. 1 StPO kann auch hier der Vorsitzende dem Verteidiger die in § 239 StPO niedergelegte Befugnis zum Kreuzverhör - von der in der

¹ Kleinknecht/Meyer § 241 Rdnr. 4; KK-Treier § 241 Rdnr. 4; Dahs HB Rdnr. 434

² BGHSt 2, 99 (110); LR-Gollwitzer § 241 Rdnr. 14

³ BGHSt 16, 67 (69); LR-Gollwitzer § 241 Rdnr. 17

⁴ BGH NStZ 1982, 158 (159); LR-Gollwitzer § 241 Rdnr. 19; KK-Treier § 241 Rdnr. 5

Praxis allerdings kaum Gebrauch gemacht wird¹ - entziehen.

Ein Mißbrauch seitens des Verteidigers liegt dabei insbesondere vor, wenn er durch die Art und Weise der Führung des Kreuzverhörs die Wahrheitsfindung gefährdet, bzw. wenn er das Kreuzverhör zu sachfremden Zwecken nutzen will.² Dies gilt vor allem bei Fragen, die den Zeugen verwirren oder zur Unwahrheit verleiten sollen.

Damit ist auch hier eine Mißbrauchssperre enthalten, die eine Kriminalstrafe überflüssig macht.

6. Mißbrauch des Beweisantragsrechts

- §§ 244, 245 StPO

Steht für das Gericht fest, daß der Verteidiger ausschließlich die Verzögerung des Prozesses auf unbestimmte Zeit bezweckt, daß er selbst also keinerlei günstige Auswirkung des Beweisergebnisses auf den Prozeßstoff erwartet, können sowohl der gestellte Beweisantrag nach § 244 Abs. 3 S. 2 StPO als auch ein präsentendes Beweismittel nach § 245 StPO zurückgewiesen werden.

Das Gericht ist danach nicht verpflichtet einen Beweis zu erheben, der nicht den Prozeß durch Erweiterung der Erkenntnisgrundlagen fördern soll, sondern nur gestellt wird, um den Abschluß des Verfahrens hinauszuzögern. Einem derartigen Antrag muß das Gericht ebensowenig entsprechen wie anderen Anträgen, die ein verfahrensfremdes Ziel verfolgen. § 244 Abs. 3 StPO enthält die Gründe, aus denen das Gericht einen Beweisantrag ablehnen darf. Sie lassen sich wie folgt zusammenfassen: Unzulässigkeit

¹ vgl. Kleinknecht/Meyer § 239 Rdnr. 1

² LR-Gollwitzer § 241 Rdnr. 2; vgl. auch Wagner JuS 1972, 315 (316)

der Beweiserhebung, Unerheblichkeit der behaupteten Tatsache, fehlende Beweisbedürftigkeit und die Unbrauchbarkeit des Beweismittels.¹ Diese Gründe gelten auch für § 245 StPO.²

Zunächst zwingt damit die Unzulässigkeit der Beweiserhebung zur Ablehnung des Beweisantrags. Dazu zählen auch Beweisanträge, mit denen verfahrensfremde Zwecke verfolgt werden. Bezweckt der Verteidiger z.B. durch Benennung eines Richters oder Staatsanwalts als Zeugen, diesen in der Verhandlung auszuschalten, kann über § 244 Abs. 3 StPO dieser Beweisantrag mit der Begründung der Verfahrensfremdheit des Zwecks abgelehnt werden.³

Hat die Tatsache, die der Verteidiger beweisen will, keine Beziehung zum Prozeßgegenstand und ist sie damit auf die zu treffende Entscheidung ohne Einfluß, kann das Gericht den Beweisantrag wegen Unerheblichkeit der behaupteten Tatsache ablehnen.⁴

Ist die Tatsache, über die Beweis erhoben werden soll, bereits bewiesen oder aber aktenkundig oder kann sie, wenn sie zur Entlastung des Angeklagten behauptet wird, so behandelt werden, als wäre sie wahr, kann der Beweisantrag wegen mangelnder Beweisbedürftigkeit der behaupteten Tatsache abgelehnt werden.

Bei völliger Ungeeignetheit des Beweismittels oder aber, wenn dies unerreichbar ist, besteht der Ablehnungsgrund der Unbrauchbarkeit des Beweismittels.

¹ vgl. dazu auch LR-Gollwitzer § 244 Rdnr. 143 und 186; KK-Herdegen § 244 Rdnr. 71; BGHSt 21, 118 ff

² LR-Gollwitzer § 245 Rdnr. 32

³ vgl. KK-Herdegen § 244 Rdnr. 74; LR-Gollwitzer § 244 Rdnr. 182

⁴ LR-Gollwitzer § 244 Rdnr. 192

Problematisch wird die Beurteilung als Scheinbeweis antrag allerdings dann, wenn es um die reine Verschleppungsabsicht geht. An ihren Nachweis hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung strenge Anforderungen gestellt.¹ Die verlangte Beweiserhebung muß zunächst tatsächlich geeignet sein, eine wesentliche Verzögerung herbeizuführen.² Während diese Feststellung problemlos zu treffen ist, bereitet der Nachweis des Beweggrundes "Prozeßverschleppung" erhebliche Schwierigkeiten. Das Gericht muß diese Zielsetzung regelmäßig aus Indizien schließen. Dies gelingt jedoch nur, wenn für das Gericht aus dem gesamten Prozeßverhalten des Verteidigers erkennbar wird, daß der Verteidiger die Beweiserhebung ebenso für sachlich überflüssig erachtet wie das Gericht, und daß er damit den Beweis antrag nur stellt, um den Abschluß des Verfahrens zu verhindern.³

Da die Beweggründe des Verteidigers hier bestimmt nur selten nachgewiesen werden können, ist der Anwendungsbereich dieses Ablehnungsgrundes äußerst begrenzt.⁴ So kann die Prozeßverschleppungsabsicht nicht allein aus einer verspäteten, wenn auch grob nachlässigen Antragsstellung noch lediglich aus der Tatsache der Ergebnislosigkeit der zuvor über dieselbe Behauptung durchgeführten Beweiserhebung hergeleitet werden.⁵

Aus dieser Tatsache jedoch die Konsequenz zu ziehen, daß die Mißbrauchssperre für Verteidiger-

¹ vgl. BGHSt 21, 118 ff; 22, 124 ff

² BGHSt a.a.O.

³ Gollwitzer Anm. zum Urteil des OLG Hamburg v. 03.11.1978 - 2 Ss 58/78 in: JR 1978, 34 (35)

⁴ vgl. BGHSt a.a.O. S. 118; LR-Gollwitzer a.a.O.

⁵ BGHSt 21, 118 (124); LR-Gollwitzer § 244 Rdnr. 186

handlungen innerhalb der Strafprozeßordnung nicht ausreicht und damit zur Ahndung durch das Strafrecht zu kommen, wäre jedoch verfehlt. Da für die Strafbarkeit nach § 258 Abs. 1 StGB ebenso wie hier im Prozeßrecht ein zweifelsfreier Nachweis der Beweggründe erforderlich ist, ergibt sich hier dasselbe Problem - das einwandfreie Feststellen der Prozeßverschleppungsabsicht bei Stellen eines Beweisantrages. Wenn dieser Unsicherheitsfaktor jedoch schon bei strafprozessualen Maßnahmen dazu führt, daß sie nicht verhängt werden dürfen, muß dies erst recht für strafrechtliche Sanktionen gelten.¹

Da damit das Netz für die Ahndung solcher Fälle durch § 258 Abs. 1 StGB nicht engmaschiger wird, enthält die Strafprozeßordnung hier ausreichende Abwehrmechanismen und ist wiederum nach dem Grundsatz der Subsidiarität des Strafrechts als Instrumentarium vorzuziehen.

Dies gilt insgesamt um so mehr, als auch § 244 Abs. 4 und Abs. 5 StPO einer Verfahrensverzögerung entgegenstehen. Hier sind mit Abs. 4 S. 1, der eigenen Sachkunde des Gerichts, und Abs. 4 S. 2, der Ablehnung der Anhörung eines weiteren Sachverständigen, Ablehnungsgründe enthalten, die speziell für den Sachverständigenbeweis gelten. Nach Abs. 5 kann ebenfalls ein Beweisantrag auf Einnahme des Augenscheins abgelehnt werden, wenn er zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist.

¹ vgl. dazu auch das Prinzip des freien Beurteilungsspielraums, 4. Kapitel, 2. Teil G

7. Mißbrauch des Erklärungsrechts

- § 257 StPO

Durch das in § 257 Abs.2 StPO normierte Erklärungsrecht kann der Verteidiger rechtzeitig die von ihm für erheblich gehaltenen Gesichtspunkte des jeweiligen Beweiserhebungsaktes herausstellen und die Aufmerksamkeit des Gerichts darauf lenken. Auch hier besteht die Möglichkeit des Mißbrauchs für verfahrensfremde Zwecke insbesondere auch die Gefahr einer Verfahrenverschleppung durch uferlose Erklärungen.¹

§ 257 Abs.3 StPO bietet hier dem Vorsitzenden kraft seiner Sachleitungsbefugnis nach § 238 Abs.1 StPO eine Handhabe einzugreifen.² Danach kann er dem Verteidiger, wenn dessen Erklärungen den Rahmen einer Äußerung zu der vorangegangenen Beweiserhebung überschreiten, das Wort entziehen.

Auch insoweit beinhaltet das Prozeßrecht damit einen tauglichen Abwehrmechanismus.

8. Mißbrauch der Besetzungsrüge in der Revisionsinstanz

- §§ 222a und 222b StPO

Rügt der Verteidiger erst in der Revisionsinstanz einen tatsächlichen Besetzungsfehler des Gerichts, könnte er bei dann vorzunehmender Urteilsaufhebung und Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz das Verfahren erheblich verschleppen.

Hier gibt die Strafprozeßordnung mit §§ 222a und 222b ein Mittel zur Vermeidung derart erheblicher Verfahrensverzögerungen.

¹ LR-Gollwitzer § 257 Rdnr. 4

² vgl. dazu auch KK-Hürxthal § 257 Rdnr. 4; Klein-knecht/Meyer § 257 Rdnr. 5

Gem. § 222b ist die Besetzungsrüge nämlich nach Beginn der Vernehmung des ersten Angeklagten zur Sache für alle Beteiligten ausgeschlossen.¹

Die Untersuchung hat gezeigt, daß das Strafrecht nicht das einzige Zwangsmittel zur Sicherung der Rechtspflege ist, sondern erst die "ultima ratio". Außerhalb des Strafgesetzes stehen Normen zur Verfügung, die weniger gravierende Eingriffe in die Verteidigung darstellen und zumindest den gleichen Erfolg bzgl. des Schutzes des staatlichen Strafanspruchs versprechen. Der intakte Abwehrmechanismus der Strafprozeßordnung läßt es zu, daß der Verteidiger aus der Rolle fällt, ohne gleich strafrechtlich verfolgt zu werden. Es liefe dem Sinn dieser Maßnahmen zuwider, hier zu einer Strafsanktion - und sei es auch nur wegen Versuchsstrafbarkeit - zu greifen, die nicht allein in die Rechte des Verteidigers tief einschneidend eingreift, sondern über § 138a Abs.1 Nr.3 StPO auch das elementare Recht des Beschuldigten auf freie Verteidigerwahl betrifft.

Allen Instrumentarien der Strafprozeßordnung ist jedoch gemeinsam, daß sie das Ansetzen des Verteidigers zur Verletzung des Rechtsguts des § 258 Abs. 1 StGB abwehren können, dh. Verhaltensweisen, die ansonsten u.U. mit der Versuchsstrafe zu poenalisieren wären. Geht der Verteidiger zB. bei der Zeugenbefragung zur Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung zu völlig sachfremden Fragen über, kann der Richter eingreifen und gem. § 241 Abs. 2 StPO diese Fragen zurückweisen, so daß es nicht zu einer Rechtsgutverletzung kommen kann.

¹ KK-Treier § 222a Rdnr. 1; Kleinknecht/Meyer § 222b Rdnr. 4

Den Fällen, in denen die Gefahr der Rechtsgutverletzung vom Gericht nicht rechtzeitig erkannt werden kann bzw. erkannt wird, kann jedoch - mit Ausnahme der in §§ 222a und 222b StPO geregelten Sachverhalte - mit den Instrumentarien der Strafprozeßordnung nicht wirksam begegnet werden. Hat das Gericht zB. dem zur Verfahrensverzögerung gestellten Beweisantrag erst einmal stattgegeben, weil die Vernehmung des Zeugen nach seiner Ansicht notwendig ist, bietet die Strafprozeßordnung keinen wirksamen Schutz mehr.

Zum Zeitpunkt der Tat haben diese Abwehrmechanismen dann zwar zur Verfügung gestanden, sind jedoch nicht eingesetzt worden.

Da es jedoch auf ein Erkennen des illegalen Handelns seitens des Gerichts nicht ankommen kann, muß dieses Verhalten - auch nach Verstreichenlassen strafprozessualer Eingriffsmöglichkeiten - nach dem Prinzip der Subsidiarität strafrechtlicher Reglementierung des Verteidigers als straflos gewertet werden.

Auch die noch aufzustellenden Ordnungsprinzipien werden dieses Ergebnis unterstreichen.

Damit wird hier ebenso an Hand eines Ordnungsprinzips der vage Terminus der Literatur, die Anwendung des § 258 Abs.1 StGB auf "extreme Fälle" zu beschränken¹, auf ein objektivierbares Maß zurückgeführt und nicht lediglich der subjektiven Wertung überlassen.

¹ vgl. z.B. Beulke, Verteidiger S. 219

E. Prinzip des Machtmißbrauchs zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit Dritter

Ein weiterer Streitpunkt in Rechtsprechung und Literatur ist die Frage nach dem Maß der erlaubten Einflußnahme des Verteidigers auf den Beschuldigten, wie aber auch auf Personen, die durch Wahrnehmung ihrer prozessualen Rechte das gegen den Mandanten gerichtete oder einzuleitende Verfahren hemmen bzw. beeinflussen können.¹ Hier ist unklar, ob und inwieweit der Verteidiger derartige Personen beeinflussen darf, von den ihnen zustehenden Rechten Gebrauch zu machen. Einigkeit besteht lediglich darüber, daß dem Verteidiger zumindest über §§ 240, 241, 223 StGB, also über das materielle Strafrecht, Schranken gesetzt sind.²

Allen kontrovers diskutierten Handlungen ist gemeinsam, daß der Verteidiger seine Stellung dazu nutzt, bestimmten Verfahrensbeteiligten den Gebrauch ihrer prozessualen Rechte nahezulegen.

Dabei hat der Verteidiger natürlich keine Machtstellung iSd Machtbefugnis inne. Aufgrund seiner intellektuellen Überlegenheit sowie dem idR vorherrschenden mangelnden Urteilsvermögen und der Unerfahrenheit z.B. des Beschuldigten oder des Zeugen in Rechtsangelegenheiten kommt dem Verteidiger

¹ vgl. dazu z.B. S/S-Stree § 258 Rdnr. 20; Dreher/Tröndle § 258 Rdnr. 7; Beulke, Verteidiger S. 155 f; Berkenheide, Diss. jur. Münster 1952 S. 130 u. S. 134 ff; Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 139 ff u. 180 f; Imme Anm. zum Urteil des BGH v. 18.10.1957 - 5 StR 383/57 in: JR 1957, 467; Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1957 S. 40; BGHSt 10, 393 (394); 14, 189 (192)

² vgl. dazu nur Wassmann a.a.O. und S/S-Stree § 258 Rdnr. 20, sowie oben Ausführungen zum Prinzip des gesetzlichen Verbots, 4. Kapitel, 2. Teil A

ger jedoch gegenüber diesen Personen eine erhöhte Macht- und Einflußmöglichkeit zu.¹

Als weiteres Ordnungsprinzip soll als objektiver Maßstab zur Differenzierung legalen und strafbaren Verteidigerhandelns das der Rechtsordnung immanente Prinzip des Machtmißbrauchs herangezogen werden.

I. Verbot des Machtmißbrauchs zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit Dritter innerhalb der Rechtsordnung

Die Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit - häufig verbunden mit einer überlegenen Stellung des Täters - wird im materiellen Strafrecht unter Strafe gestellt, vgl. §§ 234 ff StGB. Hier werden u.a. diejenigen Handlungsweisen erfaßt, bei denen ein anderer durch Zwang - Drohung oder Gewalt - oder durch List zu einem bestimmten Entschluß gebracht wird.

Auch dem Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs läßt sich bei Defiziten auf Seiten einer Vertragspartei, ebenso wie aus § 302 a StGB, ein Verbot des Ausnutzens wirtschaftlicher Macht und intellektueller Überlegenheit entnehmen, wodurch die ansonsten herrschende wirtschaftliche Betätigungsfreiheit beschränkt wird, vgl. § 138 Abs. 2 BGB.

So wie § 138 BGB den Zweck hat, Mißbräuchen in der Privatautonomie entgegenzuwirken,² wehren §§ 242 und 826 BGB den Machtmißbrauch im privaten Wirtschaftsverkehr ab.³ Konkret verbietet § 138 Abs. 2 BGB die Ausnutzung einer Zwangslage, der Unerfah-

¹ vgl. dazu auch oben 2. Kapitel, 2. Teil B I 3, 4

² Palandt-Heinrichs § 138 Anm. 1a

³ MDH-Dürig Art. 2 Rdnr. 58

renheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen.

Zu diesen Normierungen des Verbots der Beeinträchtigung der Willensfreiheit Dritter im Strafrecht und im Zivilrecht kommt auch aus dem Strafprozeßrecht eine Norm, die mit einem Beweisverwertungsverbot als Rechtsfolge derartiges Verhalten verbietet - § 136a StPO.

Während § 136a StPO in Rechtsprechung und Literatur vereinzelt zur Grenzziehung bzgl. des strafbaren Verteidigerhandelns herangezogen wird¹, ist der Verteidiger nach einer anderen Ansicht nicht Adressat dieser Norm. Daraus wird gefolgert, daß seine Handlungsfreiheit durch die Strafprozeßordnung nicht begrenzt wird. Sein Handlungsspielraum werde vielmehr erst durch materiellrechtliche Normen, also das Grundgesetz, das Strafgesetzbuch, insbesondere §§ 223, 240 StGB, und das anwaltliche Standesrecht begrenzt.²

§ 136a StPO wird immer und ausschließlich im Zusammenhang mit Beweisverwertungsverboten angewandt, was allerdings nicht heißen muß, daß nicht der dahinterstehende Grundgedanke anwendbar ist. Auch wenn sich diese Vorschrift nicht an den Verteidiger direkt wendet, ist auch aus ihr das Verbot der Manipulation der Willensentscheidung und -betätigung ablesbar, d.h. die verbotene Ausnutzung einer Machtstellung.

¹ vgl. BGHSt 10, 393 (394); S/S-Stree § 258 Rdnr. 20; Beulke, Verteidiger S. 156; Ackermann, Anm. zum Urteil des BGH v. 28.10.1957 - 5 StR 383/57 in: MDR 1958, 49 (50); Heeb, Diss. jur. Tübingen 1973 S. 68

² vgl. BGHSt 14, 189 (192); OLG Nürnberg OLGSt § 302a S. 18; LR-Hanack § 136a Rdnr. 9; KK-Boujong § 136a Rdnr. 3; Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 139; Arzt/Weber LH 4 Rdnr. 258, Fn. 20

Sowohl das Zivilrecht und das Strafrecht als auch das Prozeßrecht normieren damit ein Verbot des mißbräuchlichen Ausnutzens einer Machtstellung. Allen genannten Vorschriften ist der Leitgedanke gemeinsam, daß der einzelne seine Entscheidung frei treffen können soll und nicht durch die überlegene Machtstellung eines anderen beeinträchtigt wird.

II. Die Entscheidungsfreiheit der Verfahrens- beteiligten

Erfolgt also eine Handlung unter dem Eindruck der Macht- und Einflußmöglichkeit des Verteidigers nur noch automatisch, kann von der jedem zustehenden Freiheit der Willensentschließung und -betätigung keine Rede mehr sein. Freiheit der Willensentschließung und -betätigung bedeutet demnach für die vom Verteidiger beeinflussbaren Personen - in erster Linie seinen Mandanten, also den Beschuldigten, aber auch den Zeugen, den Strafantragsberechtigten, als auch den zur Anzeigeerstattung Bereiten - daß ihre Entscheidung zur Aussage, Stellung des Strafantrags, oder Erstattung der Strafanzeige Ausfluß ihrer persönlichen Einstellung und Haltung ist, daß sie Für und Wider der vorzunehmenden Handlung abwägen, so daß am Ende die eigene sittliche Leistung des Betroffenen das Ergebnis ist.¹

So hat Peters zutreffend festgestellt, daß der Mensch sittliche Entscheidungen nur frei treffen kann.²

¹ idS auch Peters, Strafprozeß § 41 II 3

² ders. a.a.O. § 41 II 2a

1. Beschuldigter, Mitbeschuldigter

Es muß also dem Willen des Beschuldigten überlassen bleiben, ob er sich zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen äußert oder schweigt. Dieser Grundsatz ergibt sich aus §§ 136 Abs. 1 S. 2, 163 a Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 S. 2 und 243 Abs. 4 S. 1 StPO. Sagt der Beschuldigte aus, so hat er die Freiheit der Aussage, d.h. daß er seine Aussage seinem Willen, seiner Einsicht und seiner Erinnerung entsprechend machen kann.¹

Dasselbe muß für den Mitbeschuldigten gelten, wenn es sich bei Gemeinsamkeit des Verfahrens um denselben historischen Vorgang handelt. In derartigen Fällen kann er nicht Zeuge für oder gegen den anderen Mitbeschuldigten sein. Seine verfahrensrechtliche Rolle als Aussageperson bleibt vielmehr die eines Beschuldigten.²

2. Zeuge

So können auch die in §§ 52 - 55 StPO genannten Personen frei darüber entscheiden, ob sie von ihrem Zeugnisverweigerungs- bzw. Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch machen wollen oder nicht. Ihnen steht bezüglich ihres Verweigerungsrechts die gleiche Entscheidungsfreiheit zu, wie sie der Beschuldigte darüber hat, ob er sich überhaupt zur Sache einlassen will.³

¹ vgl. dazu auch Peters a.a.O. § 41 II 1

² vgl. zur Problematik der verfahrensrechtlichen Stellung des Mitbeschuldigten: Lenckner in: FS für Peters S. 333 ff; Richter II in: FG für Peters S. 235 (236); Roxin, Strafverfahrensrecht § 26 A III 1 b

³ vgl. dazu BGHSt 10, 393 (394); BGH MDR 1958, 48

Etwas anderes gilt natürlich für die nicht zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen. Sie sind zur Aussage verpflichtet, d.h. sie haben gerade keine Entscheidungsfreiheit bezüglich der Möglichkeit auszusagen oder nicht. Etwaige Beeinflussungen dieser Zeugen durch den Verteidiger sind - wie bereits erörtert¹ - nach dem Prinzip des gesetzlichen Verbots strafbar gem. § 258 Abs. 1 StGB.

3. Strafantragsberechtigter

Ebenso ist der Antragsberechtigte in der Lage, das Für und Wider der Geltendmachung seines prozessualen Rechts abzuwägen. Der Verletzte kann über das Recht zur Antragstellung frei verfügen; die Durchführung des staatlichen Strafanspruchs ist vielfach nur von seinem Willen abhängig.² Dies gilt auch für die Zurücknahme eines bereits gestellten Strafantrags. Gem. § 77d StGB ist sie in die Entscheidungsfreiheit des Antragstellers gestellt.

4. Anzeigewilliger

Da eine Rechtspflicht, begangene Straftaten anzuzeigen, nicht gesetzlich normiert ist, bedeutet dies, daß der Gesetzgeber die Erstattung einer Strafanzeige bewußt in die Entscheidungsfreiheit des einzelnen gesetzt hat, obwohl sie für die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs als eine Art der Kenntniserlangung der Strafverfolgungsbehörden von der begangenen Straftat von großer Bedeutung ist.

¹ vgl. oben 4. Kapitel, 2. Teil B

² vgl. RGSt 40, 393 (394)

III. Möglichkeiten der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit dieser Personen

Damit bleibt zunächst festzuhalten, daß der Verteidiger bei der Einflußnahme auf die benannten Verfahrensbeteiligten stets legal handelt, solange ihre freie Willensentschließung gewahrt bleibt.

Es ist gerade die Situation des Beschuldigten, die mit den in § 138 Abs. 2 BGB aufgezählten Situationen identisch ist. Für ihn besteht aufgrund seiner Defizite in den meisten Fällen ein zwingendes Bedürfnis, einen Verteidiger an seiner Seite zu haben. Seinerseits liegt mangelnde Kenntnis bezüglich der Abwehr des ihm gemachten Schuldvorwurfs vor. Unkenntnis besteht auch bezüglich der Normen des Strafgesetzbuchs und der Strafprozeßordnung (Un-erfahrenheit). Außerdem ist er ohne Hilfe des Verteidigers nicht in der Lage, Vor- und Nachteile seines Verhaltens vor Gericht, insbesondere die Folgen prozessualen Handelns zu erkennen (mangelndes Urteilsvermögen).

Gleiche Situationen zeigen sich auch beim Zeugnisverweigerungsberechtigten, Antragsberechtigten und Anzeigewilligen. Unkenntnis über die materiell-rechtliche Situation - z.B. Dauer der Strafantragsfrist - und der prozessualen Seite - Tragweite ihrer Entscheidung - liegt i.d.R. auch bei ihnen vor. Vielfach haben auch sie eine gewisse "Schwellenangst" und sind froh, sich außerhalb des Gerichts mit einem Rechtskundigen beraten zu können.

1. Rat und Bitte

Zweifellos findet eine verbotene Willensbeeinträchtigung dann nicht statt, wenn der Verteidiger den benannten Personen den Gebrauch ihrer prozessualen

Rechte nahelegt bzw. sie darum bittet.¹

Läßt sich der Betreffende auch durch Ratschläge oder Bitten seitens des Verteidigers leiten, so wird seine Entschlußkraft dadurch noch nicht aufgehoben. Eine Beeinflussung dergestalt darf geschehen, nicht jedoch ein Ausschluß der Entscheidungsfreiheit.²

Die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs ist vom Willen dieser Personen ganz oder in gewissem Umfang abhängig, so daß ihre Willensbildung hier ausschlaggebend ist. Damit hat der Gesetzgeber sie auch inzidenter abhängig gemacht von den Faktoren, die der Willensbildung der Betreffenden zugrunde liegen.³

Rat oder Bitte stellen keine verbotene Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfreiheit dar.

2. List und Täuschung

List und Täuschung zählen nach dem Strafgesetzbuch zu den Mitteln der Beeinträchtigung der Willensfreiheit.⁴

Dabei ist unter List ein Verhalten zu verstehen, das darauf abzielt, die Ziele des Täters unter geschickter Verbergung seiner wahren Absichten oder

¹ idS auch die hM, vgl. S/S-Stree § 258 Rdnr. 20; Dreher/Tröndle § 258 Rdnr. 7; KK-Laufhütte § 137 Rdnr. 5; Roxin, Strafverfahrensrecht § 19 E; Beulke, Verteidiger S. 155 f; Müller-Dietz Jura 1979, 242 (251); Arzt/Weber LH 4 Rdnr. 258; Ostendorf NJW 1978, 1345 (1348); Bottke Anm. zum Beschluß des BGH vom 16.5.1983 - 2 ARs 129/83 in: JR 1984, 300; Wassmann, Diss. jur Hamburg 1982 S. 139 ff, 180 ff; RGSt 40, 393 (394); BGHSt 10, 393 (394); OLG Köln NJW 1975, 459 (460); OLG Koblenz MDR 1976, 863

² BGHSt 10, 393 (394)

³ vgl. dazu RGSt 40, 393 (394)

⁴ so ausdrücklich S/S-Eser Vorbem. §§ 234 ff Rdnr. 5

der wahren Umstände durchzusetzen¹, wobei es sich nicht notwendig um eine Täuschung oder Irrtumserregung handeln muß.²

Wird also z.B. der Zeuge darüber getäuscht, daß es auf seine Aussage nicht ankommt und er sich durch Wahrnehmung seines Zeugnisverweigerungsrechts die Mühe ersparen soll, vor Gericht zu erscheinen, um sich dort den Fragen des Richters und des Staatsanwalts auszusetzen, ist die Konsequenz, der Verzicht auf die Aussage, nicht mehr das Ergebnis seiner persönlichen Einstellung und Haltung dergestalt, daß er Pro und Contra der Handlung abgewogen hat. Gleiches gilt für die Täuschung des Strafantragsberechtigten über den Ablauf der Strafantragsfrist und dessen daraus resultierenden Verzicht auf den Strafantrag. Hier ist ihre Entscheidungsfreiheit - verursacht durch den Verteidiger - auf Null reduziert, denn für sie gibt es aufgrund des erregten Irrtums nur noch eine vernünftige Handlungsmöglichkeit. Damit würde der Verteidiger die Betreffenden durch List und/oder Täuschung zu einem bestimmten Entschluß bringen, der sich nicht mehr als innerhalb ihrer Willensfreiheit gefaßt darstellen würde, so daß derartiges Verhalten unter § 258 Abs. 1 StGB zu subsumieren ist.³

¹ S/S-Eser Vorbem. §§ 234 ff Rdnr. 38

² ders. a.a.O.; zur Abgrenzung List/Täuschung vgl. LK-Vogler Vor § 234 Rdnr. 9; OLG Bremen JR 1961, 107 (108)

³ im Ergebnis ebenso: S/S-Stree § 258 Rdnr. 20; Heeb, Diss. jur. Tübingen 1973 S. 68; Beulke, Verteidiger S. 156; Bottke ZStW 1984, 726 (757); Arzt/Weber LH 4 Rdnr. 258; Müller-Dietz Jura 1979, 242 (251); LK-Ruß § 258 Rdnr. 20; Ostendorf NJW 1978, 1345 (1348); BGHSt 29, 99 (107); BGHSt 10, 393 (395); a. A. Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 183, der den Verteidiger nur an die Normen des materiellen Sanktionsrechts bindet.

3. Vorteilsgewährung

Die Vorteilsgewährung als Mittel der Beeinflussung von Zeugnisverweigerungs-, Strafantragsberechtigten oder Anzeigewilligen stellt nach der Ansicht, die den Verteidiger an § 136a StPO bindet, ebenso wie die List oder Täuschung, eine nach § 258 Abs. 1 StGB strafbare Handlung dar¹, während die andere Ansicht, mit unterschiedlicher Begründung, hier zur Straffreiheit gelangt.²

Beeinflußt der Verteidiger durch Geschenke, insbesondere Geld, z.B. das Opfer als Strafantragsberechtigten, so ist dies für das Opfer in vielen Fällen eine willkommenere Art der 'Wiedergutmachung' als die Verurteilung des Täters.

Zeuge, Strafantragsberechtigter und Anzeigewilliger nähmen hier jedoch eine Leistung an, die sie besser stellt und auf die sie keinen rechtlich begründeten Anspruch haben. Insofern handelt es sich für den Verteidiger als Vorteilsgeber um eine mit § 333 StGB, der die Vorteilsgewährung als unzulässige Willensbeeinflussung unter Strafe stellt, vergleichbare Handlung. Jedoch zählt diese Norm zu den Sonderdelikten, so daß eine derartige Willensbeeinflussung nur gegenüber Amtsträgern unter Strafe gestellt ist.

Aus der Existenz dieser Strafnorm die Konsequenz zu ziehen, die Beeinträchtigung der Entschlußfreiheit durch Gewährung von Geschenken etc. sei in dem Prinzip der verbotenen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit enthalten, kann jedoch im Hin-

¹ vgl. BGHSt 10, 393 (394); 29, 99 (107); Bottke ZStW 1984, 726 (757); Beulke, Verteidiger S. 156; Roxin, Strafprozeßrecht § 19 E II; Heeb, Diss. jur. Tübingen 1973 S. 68

² vgl. Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982, S. 183; so auch S/S-Stree § 258 Rdnr. 20 bezüglich des Strafantragsberechtigten; LR-Hanack § 136a Rdnr.

blick auf das Rechtsgut der §§ 331 ff StGB nicht richtig sein. Als Schutzgut wird hier nach herrschender Meinung das Ansehen des Staatsapparates und damit das Vertrauen der Allgemeinheit in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen angesehen.¹ Damit wird die Erschütterung des Vertrauens der Öffentlichkeit in die staatliche Tätigkeit poenalisiert und nicht die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung einer speziellen Personengruppe.

Damit liegt den §§ 331 ff StGB gerade nicht das Prinzip der verbotenen Machtausübung zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit Dritter zugrunde, so daß allein aufgrund der Vergleichbarkeit der Situation - Einwirken auf die Willensentschließung anderer durch das Gewähren eines Vorteils - nicht eine Vergleichbarkeit der dahinter stehenden Rechtsprinzipien gefolgert werden kann.

Damit ist hier ebenso wie bei den untersuchten Handlungsweisen, Rat, Bitte, Täuschung und List, die Frage nach dem Ausschluß der freien Willensbildung zu stellen. Läßt sich der Betreffende durch Geld und Angebote der Wiedergutmachung bezüglich der Wahrnehmung prozessualer Rechte in seiner freien Willensbildung leiten, so ist seine Entscheidungsfreiheit dadurch nicht aufgehoben.² Verzichtet z.B. der Zeugnisverweigerungsberechtigte auf seine Aussage, oder das Opfer als Strafantragsberechtigter auf den Strafantrag wegen einer Summe von 1.000,- DM, so ist dies Ausfluß seiner persönlichen Einstellung. Der Betreffende hat die Entscheidungsfreiheit bezüglich Für und Wider der

¹ S/S-Cramer § 331 Rdnr. 5; SK-Rudolphi § 331 Rdnr. 2 ff; LK-Jescheck Vor § 331 Rdnr. 17; BGHSt 15, 96 f

² idS auch S/S-Stree § 258 Rdnr. 18; Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 141

vorzunehmenden Handlung gehabt, so daß am Ende der Abwägung zwar eine moralisch evtl. vorwerfbare, jedoch keine unter Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit vorgenommene Entscheidung steht.

Ebensowenig wie die Gewährung eines Vorteils - mag sie auch als unlauteres Mittel gelten - bei anderen Straftaten, zB. § 240 StGB, die Strafbarkeit des Täters begründen kann, ist auch hier mangels Aufhebung der Entschließungsfreiheit kein strafbares Handeln ersichtlich.¹

Anhand des herangezogenen Rechtsprinzips 'verbote-
ner Machtmißbrauch zur Beeinträchtigung der Ent-
scheidungsfreiheit Dritter' konnte damit auch hier
eine Versachlichung von Wertungen stattfinden. Nach
diesem für § 258 Abs. 1 StGB aufgestellten Ord-
nungsprinzip fallen somit Rat, Bitte und Vorteils-
gewährung gegenüber Beschuldigtem, Zeugnisverweige-
rungs-, Strafantragsberechtigtem und Anzeigewillig-
em, um diese zu überreden von ihren Rechten Ge-
brauch zu machen, in den straflosen Bereich, wobei
insbesondere das Einwirken auf den Beschuldigten
iSe Rates oder einer Belehrung auch bereits vom
Prinzip der Wesensgehaltsgarantie der Verteidigng
als legales Verteidigerhandeln erfaßt wurde. Dem-
gegenüber unterfallen List und Täuschung gegenüber
diesen Personen § 258 Abs. 1 StGB.

¹ so auch S/S-Stree § 258 Rdnr. 18

F. Prinzip der substantiellen Integrität der Entscheidungsgrundlage

Nach der Strafprozeßordnung, §§ 219 und 220 StPO, kann der Verteidiger selbst Zeugen benennen und laden sowie Beweismittel vorlegen. Außerdem ist er Fürsprecher des Beschuldigten und kann auch mit Mitbeschuldigten sprechen. Grund dafür ist das Interesse des Beschuldigten an der Ermittlung aller ihm günstigen Umstände.

Allen derartigen Handlungen ist gemeinsam, daß sie die Beweisbasis, d.h. den Gegenstand der Hauptverhandlung, woraus das Gericht gem. § 261 StPO seine freie Beweiswürdigung vornimmt und damit seine Überzeugung zur Bildung des Urteils schöpft, entscheidend beeinflussen können.

Es besteht für den Verteidiger immer eine Möglichkeit, falsches Beweismaterial in die Verhandlung einzuführen.

Auch in diesem Bereich ist die Grenzlinie zwischen erlaubtem und strafbarem Verteidigerhandeln umstritten.¹

Würde man dem Verteidiger jede Einwirkung auf die Entscheidungsgrundlage erlauben, wäre es dem Ge-

¹ vgl. z.B. zur Benennung eines meineidenschlossenen Zeugen als Strafvereitelung: S/S-Stree § 258 Rdnr. 20; Dreher/Tröndle § 258 Rdnr. 7; Arzt/Weber LH 4 Rdnr. 258; Beulke, Verteidiger S. 152; Dahs, HB Rdnr. 52; Müller-Dietz Jura 1979, 242 (252); Roxin, Strafverfahrensrecht § 19 E II; Strzyz S. 279; Heeb, Diss. jur. Tübingen 1973 S. 71; Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1969 S. 42; Berkenheide, Diss. jur. Münster 1952 S. 120; BGHSt 29, 99 (107); BGH NSTZ 1983, 503; OLG Frankfurt StrVert 1981, 28 (30); RGSt 66, 323 (324); a.A.: Ostendorf NJW 1978, 1345 (1349); Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 169 ff; aus der älteren Literatur: Haferland, Diss. jur. Leipzig 1928 S. 45; Stelter, Diss. jur. Köln 1932 S. 34

richt kaum noch möglich, Wahres und Unwahres voneinander zu trennen.

Damit bestünde zum einen die Gefahr, daß das Strafverfahren letztlich leerläuft, dh. daß Wahrheit und Unwahrheit nicht mehr entwirrbar sind, zum anderen wäre dem Beschuldigten mit einer unbegrenzten Einwirkungsmöglichkeit des Verteidigers nicht in jedem Fall gedient, da die Fürsprache des Verteidigers für ihn von den Gerichten sehr bald als bloße 'Kumpanei' eingestuft würde.

I. Ableitung des Prinzips aus dem Grundsatz gegenseitigen Vertrauens

Eine Einschränkung des legalen Verteidigerhandelns könnte hier in dem der Rechtsordnung immanenten allgemeinen Vertrauensgrundsatz und der Interaktion im Strafprozeß zu finden sein.

So wie auf der einen Seite der Wesensgehalt der Strafverteidigung unantastbar ist¹, muß der Verteidiger auf der anderen Seite an ein schon aus generalpräventiven Gründen unerlässliches Maß an fairer Prozeßführung gebunden sein.

1. Der allgemeine Vertrauensgrundsatz in unserer Rechtsordnung

Die Rechtsordnung schützt generell ein durch das Verhalten eines anderen hervorgerufenes begründetes Vertrauen. Sie muß es auch schützen, da das Vertrauen eine Grundbedingung des Rechtsfriedens und damit für kooperatives Verhalten ist.²

¹ zum Prinzip der Wesensgehaltsgarantie vgl. oben 4. Kapitel, 2. Teil B

² Larenz, Richtiges Recht S. 80

Enttäuscht jemand das Vertrauen, zu dem er einem anderen Anlaß gegeben hat, verstößt er nicht einzig gegen ein moralisches Gebot, sondern gegen Anforderungen, die das Recht stellt und stellen muß. Würde die Nichteinlösung solchen Vertrauens nämlich zur allgemeinen Verhaltensweise, würde das kooperative Verhalten unter Menschen verunsichert und gehemmt.¹ Larenz spricht hier zutreffend von dem Gedanken einer vom Recht zu gewährleistenden Sicherheit.²

Ebenso wie das Zivilrecht das Prinzip des Rechtsmißbrauchs kennt, wonach die formell dem Gesetz entsprechende Ausübung eines Rechts wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls treuwidrig ist, muß aus diesem Grundgedanken heraus unter Berücksichtigung strafprozessualer Besonderheiten auch im Hinblick auf die Verteidigung ein allgemeines Vertrauensprinzip als Korrektiv bezüglich Selbstbindung und Selbstbestimmung des Verteidigers eingreifen.³

2. Vertrauensgrundsatz im Verhältnis Gericht/ Verteidigung und die Interaktion im Straf- prozeß

Der der Rechtsordnung immanente Vertrauensgrundsatz spielt auch eine Rolle bei der Beziehung der einzelnen Prozeßsubjekte zueinander.

Mit der Einbeziehung aller Prozeßsubjekte - Richter Staatsanwalt, Beschuldigter, Verteidiger - in den Prozeß tritt jeder in eine Rechts- und Pflichten-

¹ Larenz, Richtiges Recht S. 80 f

² ders. a.a.O. S. 81

³ Zum Vertrauensprinzip als Korrektiv vgl. Larenz a.a.O. S. 66, 79

stellungen ein. Diese Rechte und Pflichten treten in Wechselbeziehung und Abhängigkeit voneinander und greifen ineinander über.¹

Keines der Prozeßsubjekte ist isoliert, vielmehr wirken sie gegeneinander und zusammen, wobei diese Wechselbeziehung vom Zweck des Strafprozesses² geprägt ist. Dabei kommt jedem Prozeßsubjekt eine bestimmte Rolle zu. Diese Prozeßrolle erlangt besondere Bedeutung, da die jeweilige Position - zB. Richter oder Verteidiger - bestimmte Aufgaben mit sich bringt, die zu rolleneigenen Einstellungen und Handlungen führen,³ wobei ein gewisses Maß an Konsistenz der Darstellung als Orientierungsgrundlage von allen Beteiligten erwartet wird.⁴

Aus dieser Interaktion im Strafprozeß folgt jedoch ein unerläßliches Mindestmaß an Fairness auf allen Seiten. Genau wie sich der Angeklagte auf das pflichtgemäße Verhalten des Richters verlassen können muß, muß sich der Richter in gewissem Maße an Darstellungen der Verfahrensbeteiligten orientieren können. Ohne eine wechselseitige Festlegung der Darstellung wäre keine dauerhafte Interaktion möglich.⁵

Daß ein Vertrauensverstoß auf der einen Seite nach den oben aufgezeigten allgemeinen Grundsätzen ein kooperatives Zusammenwirken verunsichert bzw. hemmt, haben die Verteidiger z.Zt. der Terroristenprozesse immer wieder erfahren. Bestes Beispiel

¹ Peters, Strafprozeß § 16 I; Schlüchter Rdnr. 129

² zum Zweck des Strafprozesses vgl. oben 2. Kapitel, 2. Teil A

³ vgl. Peters, Strafprozeß § 16 zum Prozeßrechtsverhältnis

⁴ so insbes. Luhmann S. 91

⁵ Luhmann S. 92

dafür ist außerdem ein von Arzt verfaßter Bericht über das Strafverfahrensrecht der Vereinigten Staaten. Dort wird im Hinblick auf den Grundsatz der Waffengleichheit erörtert, ob ein sog. "foul play" auf Seiten des Verdächtigen nicht auch die Strafverfolgungsorgane zu einem "foul play" berechtigt.¹

Dieser Vertrauensgrundsatz muß sich dort niederschlagen, wo das Gericht einen bestimmten begründeten Erwartungshorizont hat. Da der Beschuldigte nicht zur Wahrheit verpflichtet ist, hat das Gericht, was die Integrität dieses Beweismittels anbelangt, hier notwendigerweise einen anderen Erwartungshorizont als bei dem zur Wahrheit verpflichteten Zeugen und bei anderen Beweismitteln. Würde die allgemeine Erwartung erschüttert, d.h. müßte das Gericht immer mit einem Verfälschen der Beweisbasis rechnen, würde die Interaktion im Prozeß aufgrund der allgemeinen Verunsicherung massiv gehemmt.

II. Tatsachen und Strengbeweismittel als Grundlage der richterlichen Überzeugungsbildung

Für die Urteilsfindung müssen alle erheblichen Tatsachen feststehen. Dabei ist jede Tatsache zunächst geeignet, den Sachverhalt zu verändern, von dem das Gericht auszugehen hat. Besteht bzgl. einer Tatsache keine Sicherheit, ist sie beweisbedürftig. Ihrer Feststellung dient dann die Beweisführung, die mittels der gesetzlich festgelegten Beweismittel vorgenommen wird. Diese sind begrenzt auf den Beschuldigten selbst, Zeugen §§ 48 - 71 StPO, den

¹ Arzt, Recht und Ordnung S. 81 f, auf dessen Ausführungen Bottke ZStW 1984, 726 (752) und Beulke, Verteidiger S. 89 hinweisen.

Sachverständigen, §§ 72 - 85 StPO, Augenschein, §§ 86 - 93 StPO, und Urkunden, §§ 249 - 256 StPO, und dürfen nur nach den in §§ 244 ff StPO festgelegten Regeln verwendet werden¹, wobei gem. § 261 StPO der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung gilt. Dh. 'Bausteine' und damit Grundlage zur Erstellung des Sachverhalts sind die Tatsachen und diesbezüglichen Beweismittel, welche der Richter auf ihre Verlässlichkeit untersuchen muß. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse zählen zum Inbegriff der Hauptverhandlung, auf den sich § 261 StPO bezieht.²

III. Substantielle Veränderungen der Urteilsfindungsbasis

Aufgrund des innerhalb der Interaktion im Strafprozeß herrschenden Vertrauensgrundsatzes müssen damit solche Verhaltensweisen des Verteidigers, die zu einem Vereitelungserfolg i.S.d. § 258 Abs. 1 StGB führen, als strafbar erfaßt werden, wenn sie die Integrität eines Beweismittels antasten und so zur substantiellen Veränderung der Entscheidungsgrundlage führen.

Dabei sind unter der substantiellen Veränderung der Beweisbasis die Handlungen des Verteidigers zu verstehen, durch die ein integeres Beweismittel nicht lediglich einer bewußt falschen Würdigung unterzogen wird, sondern durch die das Beweismittel als solches verfälscht wird. Im letzten Fall ist damit bereits die Urteilsfindungsbasis in ihrer

¹ vgl. dazu insgesamt: Peters, Strafprozeß § 37; Roxin, Strafverfahrensrecht § 24 A - C

² KK-Hürxthal § 261 Rdnr. 19; LR-Gollwitzer § 261 Rdnr. 15; Wessels JuS 1969, 1 (6)

Substanz beeinträchtigt und nicht erst die aufgrund vorhandener integerer Beweismittel vorzunehmende Beweiswürdigung des Gerichts.

Da bei falscher Urteilsfindungsbasis die Gefahr eines Fehltrteils wesentlich größer ist, stellen die Beeinträchtigungen der substantiellen Integrität von Beweismitteln die weitaus gefährlichere Handlungsweise dar.

Hierzu zählt jedoch nicht die Beeinflussung des Beweismittels 'Zeuge' durch Rat oder Vorteilsgewährung, um einen Zeugnisverweigerungsberechtigten dazu zu bewegen, von diesem seinem Recht Gebrauch zu machen.

Derartige Handlungen führen zwar auch zu einer Veränderung der Entscheidungsgrundlage - die Urteilsfindung kann nun nicht mehr auf die Aussage des von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machenden Zeugen gestützt werden. Jedoch bleibt das Strengbeweismittel 'Zeuge' als integeres Beweismittel erhalten, die Tauglichkeit dieses Beweismittels entfällt lediglich innerhalb des von der Strafprozeßordnung mit §§ 52 ff StPO vorgesehenen Rahmens.

Eine substantielle Veränderung der Entscheidungsgrundlage in dem hier verstandenen Sinn liegt daher bei diesen Verteidigerhandlungen nicht vor.

Damit stellt die Beeinflussung des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen nicht nur nach dem Prinzip des Machtmißbrauchs zur Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit Dritter, sondern auch nach dem hier aufgestellten Ordnungsprinzip der substantiellen Integrität der Entscheidungsgrundlage eine straflose Handlung dar.

Gleiches gilt für den dem Beschuldigten erteilten Rat, z.B. sein Geständnis zu widerrufen oder nicht auszusagen.

Auch hier wird auf die Entscheidungsgrundlage eingewirkt, indem die Einlassung des Beschuldigten verändert wird oder aber der Verlust des Beweismittels 'Einlassung des Beschuldigten' eintritt. Dies stellt sich jedoch nur als Auswirkung des Wesensgehalts der Verteidigung - Beratung des Mandanten - dar, so daß derartiges Handeln von vornherein dem straflosen Bereich unterfällt.¹

1. Einführen manipulierter Beweismittel als Entlastungsbeweis

Unzweifelhaft führen sowohl die Benennung und Ladung eines zur Falschaussage oder zum Meineid entschlossenen Zeugen sowie andere manipulierte Beweismittel oder aber das Verschwindenlassen der Tatwaffe zur substantiellen Veränderung der Beweisbasis. Die Strengbeweismittel sind Grundlage der richterlichen Beweiswürdigung. Sind sie manipuliert, ist die Wahrheitsfindung in Gefahr.

Hier kann nicht ausschlaggebend sein, daß jeder Zeuge selbst für sein Tun verantwortlich ist.²

Dieser Gedanke hieße dem Grundsatz der Selbstbestimmung und -bindung ohne jegliches Korrektiv freien Lauf lassen, wobei der allgemeine Vertrauensgrundsatz leer liefe. Vielmehr ist hier auf ein Mindestmaß des gesetzten Vertrauens auf seiten des Gerichts abzustellen.

¹ zum Prinzip der Wesensgehaltsgarantie der Verteidigung vgl. oben 4. Kapitel, 2. Teil B

² so aber Ostendorf NJW 1978, 1345 (1349)

2. Erfinden von Lügen für den Mandanten und Abstimmen falscher Aussagen unter Mitbeschuldigten

An die Falschaussage des Beschuldigten und des Mitbeschuldigten im selben Verfahren bezüglich desselben historischen Vorgangs werden auch bei letzterem, da er als Aussageperson nicht Zeuge im Hinblick auf be- oder entlastende Umstände für den Beschuldigten wird, sondern Beschuldigter bleibt, keine Sanktionen geknüpft.

Die Falschaussagen beider Personen führen jedoch zu einer substantiellen Veränderung der Beweisbasis, da ihre Einlassungen zu den Strengbeweismitteln zählen und damit die Grundlage der richterlichen Beweiswürdigung i.S.d. § 261 StPO bilden. Auch wenn der Erwartungshorizont des Gerichts im Hinblick auf den Wahrheitsgehalt der Einlassung des Beschuldigten ein anderer ist als derjenige bezüglich Zeugen- und Sachverständigenaussagen, würde die Interaktion im Prozeß aufgrund allgemeiner Verunsicherung massiv gehemmt, wenn das Gericht davon ausgehen müßte, daß die Einlassung des Beschuldigten eine ausgeklügelte Erfindung seines Verteidigers ist.¹ Das Entwerfen unwahrer Einlassungen, aufbauend auf dem Fachwissen des Verteidigers, würde den Prozeß 'torpedieren', da es dem Gericht dann vielfach unmöglich wäre, die Wahrheit zu erforschen.

Gleiches muß hier für die Absprache falscher Aussagen mit den Mitbeschuldigten bzw. deren Verteidigern gelten, wenn die Absprache über die bloße Verteidigungsstrategie hinausgeht und sich als gemeinschaftliches Entwickeln und Aufsetzen einer auf juristischem Fachwissen aufbauenden frei-erfundenen Aussage darstellt.²

¹ idS auch Beulke, Verteidiger S. 154; Bottke ZStW 1984, 726 (757)

² vgl. KK-Laufhütte Vor § 137 Rdnr. 5; Dahs HB Rdnr. 59; OLG Frankfurt StrVert 1981, 28 (30); a.A. Ostendorf JZ 1979, 252 (254)

Damit ist das Konstruieren unwahrer Schutzbehauptungen als substantielle Veränderung der Beweisbasis ein nach § 258 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßiges Verteidigerhandeln.

3. Einführen unwahrer Tatsachen aus eigenem Antrieb
im Unterschied zum Zu-eigen-Machen der Lügen des
Mandanten

Ebenso muß das Verhalten des Verteidigers beurteilt werden, wenn er zur Besserstellung des Beschuldigten eine eigene Lüge in den Prozeß einführt.

Unabhängig von der Frage, ob der Beschuldigte überhaupt ein Recht zur Lüge hat, wenn er von seinem Recht zu schweigen, keinen Gebrauch macht,¹ ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten, ob dem Verteidiger dieses Recht zuzubilligen ist².

Die Strafprozeßordnung verpflichtet das Gericht und die Staatsanwaltschaft zur objektiven Wahrheit, §§ 160 Abs. 3, 244 Abs. 2 StPO, normiert für den Verteidiger jedoch keine Wahrheitspflicht. Daß es dem Verteidiger aber nicht erlaubt sein kann, mit jedem geistigen Mittel zu kämpfen, ist bereits angeklungen.

Während insbesondere innerhalb der Literatur Bestrebungen ersichtlich sind, mit unterschiedlicher

¹ vgl. zu diesem Problemkreis: Wessels, JuS 1966, 169 (173)

² Gegen ein Lügerecht: KK-Laufhütte Vor § 137 Rdnr. 5; LR-Dünnebier Vor § 137 Rdnr. 11; Kleinknecht/Meyer § 137 Rdnr. 2; Roxin, Strafverfahrensrecht § 19 A II 2; Beulke, Verteidiger S. 149; Bottker ZStW 1984, 726 (759); Müller-Dietz Jura 1979, 242 (250); Welp ZStW 1978, 804 (818); Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1969 S. 24; RGSt 35, 128 (130); Lilienthal DJZ 1914, 27 (31); a.A.: Ostendorf NJW 1978, 1345 (1349); Strzyz S. 267 ff; Haferland, Diss. jur. Leipzig 1928 S. 51; Mehlich, Diss. jur. Berlin 1910 S. 61 f

Begründung, ein klares "Ja" oder "Nein" im Hinblick auf die Beantwortung der Frage nach einer Wahrheitspflicht des Verteidigers zu suchen¹, soll hier differenziert werden.²

Innerhalb des hier aufgestellten Ordnungsprinzips soll nur das direkte Lügen erörtert werden, die Fälle also, in denen der Verteidiger von sich aus wissentlich falsche Tatsachen in den Prozeß durch eigene Kundgabe einführt. Davon sollen die Fälle getrennt werden, in denen ein Verteidiger bewußt falscher Beweiswürdigung und falschem Beweismaterial zustimmt, da es innerhalb dieses Ordnungsprinzips nur um Veränderungen der Entscheidungsgrundlage geht. Demgegenüber verändern Wertungen bezüglich bereits in den Prozeß eingebrachter Beweismittel das vom Gericht nach § 261 StPO als entscheidungsrelevant zu bewertende Beweismaterial nicht substantiell.³

Die bewußt wahrheitswidrige Behauptung zur Sache durch den Verteidiger ist ebenso wie die Vorlage eines manipulierten Beweismittels ein Verhalten, das die Basis der Urteilsfindung verändert.

Grundsätzlich muß der Verteidiger alle Möglichkeiten zugunsten seines Mandanten ausschöpfen, mit Ausnahme der in § 297 StPO normierten Rechtsmitteleinlegung, und zwar notfalls auch gegen dessen Willen.⁴ D.h. er darf von sich aus entlastende Umstände im Prozeß anführen, wie z.B. die Behauptung, sein Mandant sei zum Zeitpunkt der Tat

¹ vgl. z.B. Mundorf, Die Wahrheitspflicht des Rechtsanwalts als Strafverteidiger, Diss. jur. Köln 1929; Bottke ZStW 1984, 726 ff

² vgl. bereits oben zum Rat zur Lüge 4. Kapitel, 2. Teil B II 2

³ vgl. unten 4. Kapitel, 2. Teil B VI

⁴ vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht § 19 A II 1; Rieß NJW 1977, 881 (882); Beulke, Verteidiger S. 116

schuldunfähig gewesen. Durch eine derartige Tatsachenbehauptung verändert sich jedoch der Sachverhalt, von dem das Gericht auszugehen hat, so daß es sich auch dabei um eine substantielle Veränderung der Beweisbasis handelt.

Handelt es sich um eine wahrheitswidrige Behauptung zur Sache, ist die Integrität der Beweisbasis nicht mehr gewahrt. Enthält die Beweisbasis selbst dagegen auch nur vage Hinweise für diese Behauptung, ist sie in ihrer Integrität nicht verletzt, denn das Gericht muß zur Urteilsfindung alle den Angeklagten entlastenden Anhaltspunkte berücksichtigen.

Zu dem Komplex der unwahren Äußerungen des Verteidigers vor Gericht zählt auch das Sich-zu-eigenmachen einer unwahren Einlassung des Mandanten. Wenn der Angeklagte im Prozeß für seinen Verteidiger erkennbar lügt, stellt sich die Frage, ob der Verteidiger diese unwahre Tatsachenbehauptung übernehmen darf, oder sich von ihr distanzieren muß, indem er etwas Gegenteiliges, also die Wahrheit, behauptet oder die Behauptung unbeachtet läßt. Letzteres würde natürlich dazu führen, daß das Gericht sehr schnell erkennen müßte, daß der Mandant gelogen hat. Damit würde die durch das Verhalten des Verteidigers als unwahr erkannte Einlassung ihren Verteidigungszweck gänzlich verfehlen, da sie zur Feststellung des Sachverhalts nicht herangezogen würde. Ein Nichtaufgreifen der unwahren Aussage des Mandanten kann damit u.U. dazu führen, daß der Angeklagte in diesem Moment mit Verteidiger schlechter gestellt ist als ohne Verteidiger. Dieses Argument ist auch von den Verfechtern des "generellen Lügerechts" immer wieder herangezogen worden.¹

¹ vgl. Ostendorf NJW 1978, 1345 (1348)

Der Verteidiger ist gezwungen, von dem Sachverhalt auszugehen, den sein Mandant ihm vorträgt. Was der Angeklagte vor Gericht aussagt, ist Grundlage der richterlichen Urteilsfindung nach § 261 StPO. Greift der Verteidiger dies auf, verändert er nicht die Beweisbasis. Maßgebend für das Gericht darf nicht die Verteidigerbehauptung sein. Durch seine Einlassung wird der Angeklagte gleichzeitig zum Beweismittel, und nur dieses ist zu würdigen.¹

Danach muß das Aufgreifen der unwahren Aussage des Angeklagten als dessen Einlassung zur Sache nach dem Prinzip der Integrität der Beweisbasis als legales Handeln betrachtet werden.

Damit konnte auch im Hinblick auf die mögliche Einflußnahme des Verteidigers bezüglich der Beweismittel ein objektives Maß zur Bewertung des Verteidigerhandelns gefunden werden. Ausgehend von dem der Rechtsordnung immanenten allgemeinen Vertrauensgrundsatz war es hier möglich, anhand des Empfängerhorizonts des Gerichts und der Festlegung der allgemeinen Beweisbasis ein weiteres Objektivum zur Differenzierung strafbaren und legalen Verteidigerhandelns aufzustellen.

¹ idS auch OLG Hamm JR 1980, 82 mit insoweit zustimmender Anmerkung von Fezer JR 1980, 83

G. Prinzip des freien Beurteilungsspielraums

Eine weitere große Gruppe von Verteidigerhandlungen bilden die während des Plädoyers oder nach der Zeugenvernehmung vorgenommenen Darstellungen des Sachverhalts und der Rechtslage sowie der Schlußantrag. Diesen Handlungen ist gemeinsam, daß dem Verteidiger innerhalb und am Ende der Beweisaufnahme daran gelegen ist, das Beweismaterial einer kritischen und dem Angeklagten günstigen Würdigung zu unterziehen. Hierzu zählen die in der Literatur vielfach als Strafvereitelung bezeichnete falsche Würdigung von Beweismitteln, insbesondere die Darstellung des Belastungszeugen wider besseres Wissen als unglaublich, wie auch das Vertreten unrichtiger Rechtsansichten, sowie der Antrag auf Freispruch trotz Kenntnis von der Schuld¹ des Angeklagten. Zwar ohne den zeitlichen Zusammenhang, aber auch als Wertung der Sach- und Rechtslage, stellt sich zudem das Einlegen eines aussichtslosen Rechtsmittels dar.

I. Behandlung von Stellungnahmen und Bewertungen im Strafrecht

Allen Handlungen ist gemeinsam, daß es sich um die Abgabe von Stellungnahmen bzw. Bewertungen handelt. Das Ergebnis einer Stellungnahme oder Bewertung wird jedoch von der Rechtsordnung generell in das freie Belieben des einzelnen gestellt. Das Recht auf Meinungsäußerung muß man nach den Ordnungsprinzipien unserer Gesellschaft tragen. Grenzen sind dem einzelnen hier lediglich durch die Beleidigung

¹ zur Begrenzung auf diese Fälle s.o. S. 1

gungstatbestände, §§ 185 ff StGB, und die falsche Verdächtigung, §§ 164, 145d StGB, gezogen. Wenn der Verteidiger das Ergebnis der Beweisaufnahme falsch würdigt, so handelt es sich hierbei um eine Meinungsäußerung bzw. um ein Werturteil. Während Tatsachenbehauptungen bezüglich ihres richtigen oder falschen Inhalts untersucht werden können, ist dies bei Werturteilen nie der Fall. Deshalb werden letztere immer nur bei der Bejahung ihres ehrenrührigen Charakters von unserer Rechtsordnung unter Strafe gestellt.

Auch die Überprüfung der aufgezählten Verteidigerhandlungen könnte Beschränkungen unterliegen, die sich aus der rechtlichen Gestaltung solcher Beurteilungen als persönlichkeitsbedingte Werturteile ergeben. Die Entscheidung des Verteidigers darüber, ob das besagte Beweismittel auch tatsächlich den erforderlichen Beweis erbracht hat, die von ihm herangezogene Rechtsansicht richtig ist, das eingelegte Rechtsmittel Aussicht auf Erfolg hat, die Beweisaufnahme die Schuld des Angeklagten zweifelsfrei ergeben hat, ist nicht mittels einfacher Subsumtion eines Sachverhalts unter eine gesetzliche Vorschrift zu treffen. Auch können z.B. Eignung einer Zeugenaussage oder eines Rechtsmittels nicht allein an hergebrachten allgemeingültigen Denkmäßen gemessen werden. Das dem Verteidiger von der Strafprozeßordnung anvertraute Urteil über das Ergebnis der Beweisaufnahme oder die Einlegung eines Rechtsmittels hängt vielmehr von zahlreichen Umständen des Einzelfalls ab. Dieses Werturteil, das der Verteidiger schließlich abgibt, ist daher - ähnlich wie eine Prüfungsentscheidung - ein Akt wertender Erkenntnis.

Damit muß der Verteidiger ebenfalls im Hinblick auf die Beurteilung der Sach- und Rechtslage nach dem

Ergebnis der Beweisaufnahme ein Recht haben, diese subjektiv zu würdigen bzw. der seinem Mandanten günstigeren Rechtsansicht den Vorzug zu geben und ein Rechtsmittel einzulegen, gleichgültig auf welchen Motiven sein Verhalten dabei beruht.

II. Stellungnahmen und Bewertungen des Verteidigers als Grundlage der richterlichen Überzeugung

Diese aus den allgemeinen Rechtsprinzipien entwickelte Folgerung läuft auch nicht Sinn und Zweck des § 261 StPO, dem Grundsatz der richterlichen Überzeugungsbildung, zuwider.

Nach § 261 StPO hat das Gericht das Urteil aus dem Inbegriff der Verhandlung zu gewinnen. Zu diesem Inbegriff der Verhandlung iSd § 261 StPO zählen auch die Schlußausführungen der Staatsanwaltschaft und des Verteidigers, sowie das letzte Wort des Angeklagten.¹

Für den Richter besteht dabei jedoch die Verpflichtung zum eigenen Urteil, d.h. er darf Auffassungen anderer Personen über das Ergebnis der Beweisaufnahme keinen Einfluß auf die Bildung seiner Überzeugung zukommen lassen.² Er muß vielmehr seiner Entscheidung die in der Hauptverhandlung selbst festgestellten Tatsachen zugrunde legen und nicht die Auffassung anderer Personen. Die Entscheidung darf nur auf Tatsachen gestützt werden, die das Gericht selbst für erwiesen hält.

¹ BGHSt 11, 74 (75); Kleinknecht/Meyer § 261 Rdnr. 5; LR-Gollwitzer § 261 Rdnr. 15; KK-Hürxthal § 261 Rdnr. 19

² LR-Gollwitzer § 261 Rdnr. 23, 24 u. 2; KK-Hürxthal § 261 Rdnr. 13

Dabei ist jedoch die Frage nach der tatsächlichen Wirkung des Plädoyers auf die Überzeugungsbildung des Richters noch unbeantwortet. Letzterer wird sich nach Abschluß der Beweisaufnahme bereits eine gewisse Überzeugung gebildet haben, wenn er sich auch bis zum letzten Wort des Angeklagten noch nicht endgültig festgelegt haben darf. Bis dahin sind die Hauptmöglichkeiten effizienter Verteidigung - die Mitwirkung bei der Beweisaufnahme und das Stellen von Beweisanträgen - auch ausgeschöpft.¹

Im positiven Fall werden die vom Verteidiger vorgenommenen Beurteilungen den Richter bezüglich seiner Urteilsfindung anregen. Er hat dabei auch die Möglichkeit, den Verteidiger in seinem Plädoyer zu unterbrechen und nachzufragen, so daß das Plädoyer auch zu einem Rechtsgespräch werden kann.²

Ein Richter, der nach Abschluß der Beweisaufnahme, z.B. aufgrund von Zeugenaussagen zur Verurteilung neigt, wird sich aus seiner Verantwortung heraus mit der vom Verteidiger vorgenommenen Beurteilung auseinandersetzen und sein eigenes Resümee sorgfältig überprüfen. Diese Stellungnahme des Verteidigers darf daher nicht als Gegenstand der Beweiswürdigung, sondern nur in ihrem argumentativen Charakter bei der richterlichen Überzeugungsbildung berücksichtigt werden.³

Die Beurteilung des Verteidigers kann damit für die richterliche Urteilsfindung nicht ursächlich sein. Sie kann - genau wie die Stellungnahme des Staatsanwalts - dem Gericht Denkanstöße vermitteln, aber nicht die Grundlage der Entscheidung darstellen. Ebensowenig wie der Richter sich blind der Würdigung des Staatsanwalts anschließen darf, darf er

¹ i.d.S. auch Dahs HB Rdnr. 628

² ders. HB Rdnr. 631

³ vgl. auch OLG Hamm JR 1980, 82

sein Urteil auf die Auffassung des Verteidigers stützen.

Damit muß das herangezogene Prinzip des freien Beurteilungsspielraums auch für den Verteidiger uneingeschränkt gelten.

III. Bewertung der Sach- und Rechtslage durch den Verteidiger

Die Bewertung der Sach- und Rechtslage seitens des Verteidigers kann die Strafverfolgung damit nicht erschweren.

1. Das "falsche" Plädoyer

Durch das Plädoyer wird die Beweislage selbst nicht verändert.

a) Falsche Würdigung der Beweismittel

So gibt es bezüglich der Frage, ob eine Zeugenaussage wahr oder unwahr ist, oder der Belastungszeuge unglaublich ist, keine zwingenden Kriterien, sondern nur eine persönliche Überzeugung. Darauf basiert auch § 261 StPO. Gleiches gilt für die Würdigung sächlicher Beweismittel.

Selbst wenn ein Verteidiger durch Überzeugungskraft und Rhetorik einen Richter derart beeindruckt, daß dieser die an sich mögliche Strafe nicht verhängt, kann nichts anderes gelten. So hat auch Heeb zutreffend festgestellt, daß es niemandem verwehrt sein kann, eine sachliche Aussage so darzustellen, daß sie bei den Betroffenen nicht nur Gehör findet,

sondern diese auch überzeugt.¹ Gleiches ist für den Staatsanwalt ohne Einschränkung anerkannt. Die Würdigung von Beweismitteln unterliegt damit dem Beurteilungsspielraum des Verteidigers, so daß eine falsche Würdigung keine strafbare Handlung iSd § 258 Abs. 1 StGB darstellen kann.²

b) Vertreten unrichtiger Rechtsansichten

Dasselbe muß auch für die Fälle gelten, in denen der Verteidiger sich auf Rechtsansichten beruft, die er selbst nicht teilt. Es existiert kein Gebot für den Verteidiger, in Rechtsfragen nur solche Auffassungen zu vertreten, die seiner gewissenhaften Überzeugung entsprechen. Bei der herrschenden Rechtsauffassung und bei dazu vertretenen Mindermeinungen handelt es sich nicht um etwas vorgegebenes Starres, sondern auch dies sind Auffassungen, die sich im Fluß befinden - so können sich Mindermeinungen zu herrschenden Meinungen und umgekehrt entwickeln. Daher muß es dem Verteidiger aufgrund seines freien Beurteilungsspielraums erlaubt sein, die Ansicht anzuführen, die ihm unter allen vertretenen Ansichten als die für seinen Mandanten

¹ Heeb, Diss. jur. Tübingen 1973 S. 65

² im Ergebnis so ebenfalls: Ostendorf NJW 1978, 1345 (1349); Dahs NJW 1959, 1158 (1160); Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 186 u. S. 117; Mehlich, Diss. jur. Berlin 1910 S. 62 ff; Haferland, Diss. jur. Leipzig 1928 S. 46ff; Hofstetter, Diss. jur. Bern 1938 S. 114; a.A. Dreher/Tröndle § 258 Rdnr. 7; Arzt/Weber LH 4 Rdnr. 258; LK-Ruß § 258 Rdnr. 7; Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1967 S. 45; Berkenheide, Diss. jur. Münster 1952 S. 139; Böttke ZStW 1984, 726 (758); Beulke, Verteidiger S. 152

günstigste erscheint.¹

2. Antrag auf Freispruch trotz Kenntnis von der Schuld² des Angeklagten

Der Antrag auf Freispruch trotz Kenntnis von der Schuld des Angeklagten wird nur noch von wenigen Autoren als strafbares Verteidigerhandeln angesehen.³ Zur Begründung wird eine allgemeine Wahrheitspflicht des Verteidigers herangezogen. Dagegen spricht sich die herrschende Meinung mit unterschiedlicher Begründung für die Strafflosigkeit dieser Handlungsweise aus, gleichgültig, ob es sich um einen Fall der höchstwahrscheinlich erwiesenen Tatschuld oder um einen Fall des nicht erbrachten Schuldnachweises handelt.⁴

Hier läßt sich das richtige Ergebnis der herrschenden Meinung auf das Ordnungsprinzip des freien Beurteilungsspielraums zurückführen.

¹ so auch mit teilweise unterschiedlicher Begründung: S/S-Stree § 258 Rdnr. 20; Ostendorf NJW 1978, 1345 (1349); KK-Laufhütte Vor § 137 Rdnr. 5; Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 193 f; Lilienthal DJZ 1914, 27 (31); a.A. Berkenheide, Diss. jur. Münster 1952 S. 161 f; Bottke ZStW 1984, 726 (758)

² zur Begrenzung auf diese Fälle s.o. S. 1

³ vgl. Beulke, Verteidiger S. 150 f; Waldhorn, Diss. jur. Würzburg 1967 S. 46; Henkel, Strafverfahrensrecht S. 165

⁴ S/S-Stree § 258 Rdnr. 20; Dreher/Tröndle § 258 Rdnr. 7; Arzt/Weber LH 4 Rdnr. 258; Müller-Dietz Jura 1979, 242 (251); Roxin, Strafverfahrensrecht § 19 A II 3d; Dahs HB Rdnr. 50 ff; Strzyz S. 158 ff; Kleinknecht/Meyer § 137 Rdnr. 3; LR-Dünnebier Vor § 137 Rdnr. 13 (15); Ostendorf NJW 1978, 1345 (1349); KK-Laufhütte Vor § 137 Rdnr. 5; I. Müller StrVert 1981, 90 (94); RGSt 66, 316 (325, 327); BGHSt 2, 375 (377); 29, 99 (107); BGH MDR 1957, 267; OLG Köln NJW 1975, 459

Auch wenn die Beweisaufnahme überwiegend Beweismaterial zu Lasten des Angeklagten erbracht hat, ist der Verteidiger innerhalb seiner Stellungnahme immer noch berechtigt, die Umstände hervorzuheben, die geeignet sind, den Schuldvorwurf zweifelhaft erscheinen zu lassen. Dies muß erst recht gelten, wenn die Beweiswürdigung einen höchstwahrscheinlich zutreffenden Schuldvorwurf ergeben hat, lediglich in einem Detail noch Zweifel bestehen.

Hinter diesem Ergebnis steht zum einen die generelle Behandlung der wertenden Erkenntnis in unserer Rechtsordnung. Zum anderen spielt neben § 261 StPO hier auch § 203 StGB eine entscheidende Rolle.

Denn ebenso wie der Richter - gleiches gilt für den Staatsanwalt - außerhalb der Hauptverhandlung erworbene Kenntnisse bei der Beweiswürdigung nicht verwerten darf¹, muß auch der Verteidiger sein privates Wissen aus der Hauptverhandlung heraushalten, da es nicht gem. § 261 StPO Gegenstand der Hauptverhandlung geworden ist. Außerdem ist der Verteidiger gem. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht einmal befugt, sein ihm außerhalb des Prozesses bekanntgewordenes Wissen zu offenbaren.

3. Einlegen eines aussichtslosen Rechtsmittels

Nach dem Prinzip des freien Beurteilungsspielraums muß es sich auch bei dem Einlegen eines aussichtslosen Rechtsmittels um legales Verteidigerverhalten handeln.

Wenn die Strafprozeßordnung dem Verurteilten das Recht einräumt, die betreffende Entscheidung von einem Gericht höherer Instanz überprüfen zu lassen und dieses Recht auf Nachprüfung nicht von einer Erfolgsaussicht abhängig macht, so muß auch hier

¹ LR-Gollwitzer § 261 Rdnr. 3, 17, 18

gelten, daß mangels Überprüfbarkeit der Bewertung der Erfolgsaussichten bei Einlegung eines Rechtsmittels dem Verteidiger ein freier Beurteilungsspielraum zukommt. Ebenso wie eine Rechtsansicht nicht mit Gewißheit als unrichtig bezeichnet werden kann, kann auch die Aussichtslosigkeit eines Rechtsmittels im vorhinein nicht mit Sicherheit festgestellt werden.

Damit ist auch derartiges Verhalten straflos.¹

Somit haben sich alle Handlungsweisen des Verteidigers, die mit seiner Beurteilung der Sach- und Rechtslage zu tun haben, auf ein gemeinsames Prinzip zurückführen lassen, so daß auch hier strafbares Verteidigerhandeln objektivierbar wurde.

Mit dem Prinzip des freien Beurteilungsspielraums ist damit ein Ordnungsprinzip aufgestellt worden, daß das Prinzip der Integrität der Entscheidungsgrundlage bzgl. der Einwirkungsmöglichkeiten des Verteidigers auf die Beweissituation ergänzt.

Während unter letzterem die wesentlich gefährlichen Handlungsweisen, die die Entscheidungsgrundlage in ihrer Substanz beeinträchtigen, als strafbares Verteidigerhandeln erfaßt werden, sind nach dem hier aufgestellten Prinzip die Handlungsweisen, die die Integrität der Entscheidungsgrundlage nicht berühren, sondern lediglich eine falsche Würdigung der Sach- und Rechtslage darstellen, legales Verteidigerhandeln.

¹ so auch S/S-Stree § 258 Rdnr. 20; Beulke, Verteidiger S. 153; Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 190 ff; Berkenheide, Diss. jur. Münster 1952 S. 169 f; Hofstetter, Diss. jur. Bern 1938, S. 127 f

H. Prinzip der Risikosphäre der Justiz

Während die überwiegende Meinung immer wieder versucht, den Verteidiger in den Strafverfolgungsapparat einzubinden, ihm quasi eine 'Garantenstellung' auferlegt, geht eine starke Mindermeinung - wenn auch mit unterschiedlicher Begründung - davon aus, daß der Verteidiger in seiner Betätigungsfreiheit nicht unnötig beschränkt werden darf.

Kontrovers diskutiert werden hier neben der Weitergabe der aus der Akteneinsicht erlangten Informationen, die unwahre Protokollrüge, das Nichthindern erkannter Falschaussagen und die Verpflichtung zur Mithilfe bei der Rekonstruktion innerhalb des Gerichtsbereichs in Verlust geratener Akten.

Allen hier erwähnten Fällen ist gemeinsam, daß ihnen ein irgendwie gearteter Verhaltensfehler seitens der Justiz vorausgeht - nämlich überhaupt die Gewährung der Akteneinsicht trotz Gefährdung des Untersuchungszwecks, die falsche Protokollierung der Geschehnisse innerhalb der Hauptverhandlung, das Verkennen des Wahrheitsgehalts einer Aussage und der Verlust der Strafakten bzw. Ermittlungsakten im eigenen Bereich - das es überhaupt erst ermöglicht, daß der Verteidiger die hier genannten und in Rechtsprechung und Literatur kontrovers diskutierten Handlungen vornehmen kann. Ist ein derartiger Verhaltensfehler jedoch überhaupt erst der Auslöser, stellt sich die Frage, inwieweit der Verteidiger als 'Korrektiv' hier herangezogen werden kann und darf.

I. Das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit innerhalb der Rechtsordnung

Grundsätzlich gilt in der Rechtsordnung das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit, d.h. jeder haftet für sein Verhalten und steht für eigene Fehler ein.¹ Dieser Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit und des damit verbundenen Tragens des selbst gesetzten Risikos findet im Zivilrecht u.a. in § 324 BGB, der Voraussetzungen und Rechtsfolge des vom Gläubiger zu vertretenden Unmöglichwerdens normiert, seinen Niederschlag. Insbesondere die Risikoverteilung findet sich auch im Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB. Umstände, die in den Risikobereich einer Partei fallen, schränken deren Rechte idR ein.

Auch dem Strafrecht ist das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit und die damit verbundene Risikosphäre des einzelnen nicht fremd. Auch hier gilt, daß das Prinzip der Selbstverantwortung die strafrechtliche Haftung Dritter ausschließen kann. Eine Mitverantwortung für ein Fehlverhalten anderer ist zunächst ausgeschlossen. So kommt z.B. eine strafrechtliche Haftung des Unterlassenden aus Ingerenz nur dort in Betracht, wo die Verantwortung des Opfers ausgeschlossen ist.²

¹ vgl. z.B. die Fälle der Garantenstellung, wenn die Selbstverantwortung des Opfers ausgeschlossen ist, S/S-Stree § 13 Rdnr. 40

² S/S-Stree § 13 Rdnr. 40; OLG Stuttgart NJW 1981, 182

II. Verteidigerhandlungen, ermöglicht durch einen Verhaltensfehler der Justiz

Ausgehend von diesem Prinzip der Selbstverantwortung und dem damit verbundenen Risikobereich, darf auch der Verteidiger nicht als 'Korrektiv' für ein "Fehlverhalten" der Justiz herangezogen werden.

1. Mitteilung des Bevorstehens strafprozessualer Zwangsmaßnahmen

Während einzig § 147 Abs. 2 StPO eine Maßnahme gibt, die Kenntniserlangung des Verteidigers von einem Haft- oder Durchsuchungsbefehl zu verhindern, sind die Konsequenzen bei einmal erlangter Kenntnis durch den Verteidiger und Weiterleitung dieser Information an den Mandanten umstritten. So werden die Fälle des Vorfindens eines Haft- oder Durchsuchungsbefehls bei erlaubter Einsichtnahme in die Akten, der Erlass eines Haftbefehls im Termin, wenn der Mandant zum wiederholten Male nicht erschienen ist, und die dadurch erlangte Kenntnisnahme, sowie die Kenntnisnahme durch ein vertrauliches Gespräch mit Richter oder Staatsanwalt, oder durch Mithören eines vertraulichen Gesprächs zwischen diesen Personen als auch die durch Mitteilung eines Justizbeamten erlangte Kenntnis, die Akte befinde sich aufgrund des Antrags der Staatsanwaltschaft auf Erlass eines Haft- oder Durchsuchungsbefehls beim Richter, und die anschließende Information des Mandanten z.T. als Strafvereitelungshandlungen seitens des Verteidigers gewertet.¹

¹ vgl. Beulke, Verteidiger S. 90 u. S. 148; Bottke ZStW 1984, 726 (757); Kleinknecht/Meyer § 147 Rdnr. 15; LR-Dünnebier § 147 Rdnr. 15; KK-Laufhütte § 147 Rdnr. 8; ders. § 137 Rdnr. 5; Hofstetter, Diss. jur. Bern 1938 S. 89

a) nach Ausübung des Akteneinsichtsrechts

Die Diskussion bezüglich der Mitteilung bevorstehender strafprozessualer Zwangsmaßnahmen, deren Erfolg von ihrem Überraschungseffekt abhängt, beschränkt sich idR auf die Fälle der uneingeschränkten Mitteilung des Akteninhalts.¹

Hier ist ziemlich einhellig anerkannt, daß der Beschuldigte selbst kein Recht auf Akteneinsicht hat², und deshalb, um Kenntnis von deren Inhalt zu erlangen, der Vermittlung eines Verteidigers bedarf. Dabei darf wiederum - wie bereits zur Treuepflicht des Verteidigers ausgeführt³ - jede zweckgerichtete Interessenwahrnehmung durch einen Verteidiger eines diesbezüglichen Vertrauensverhältnisses und freien Informationsflusses in beiden Richtungen.⁴

Eine dahingehende Limitierung der Verteidigung soll jedoch dann erfolgen, wenn mit der uneingeschränkten Mitteilung des Akteninhalts eine Gefährdung des Untersuchungszwecks verbunden ist. Die hierzu ver-

¹ vgl. dazu S. 231 Fn. 1 und bzgl. der Gegenansicht: Dahs HB Rdnr. 227; Krekeler wistra 1983, 43 (47); Gatzweiler StrVert 1985, 248 (251); Tondorf StrVert 1983, 257 (258); Welp in: FG für Peters S. 309 (320); Eb. Schmidt Lehrkom. II § 147 Anm. 19; Roxin, Strafverfahrensrecht § 19 E IV; Mehle, Anm. zum Beschluß des KG vom 5.7.1982 - 1AR 460/82 - 4ARs 46/82, in: NStZ 1983, 557 (558); Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 148 ff; Strzyz S. 91, differenzierend S. 272; Lobe JW 1926, 2725 (2726)

² vgl. z.B. RGSt 72, 268 (275); KG JR 1965, 69 (70); LR-Dünnebier § 147 Rdnr. 2; Kleinknecht/Meyer § 147 Rdnr. 8; Beulke, Verteidiger S. 89 f; Welp in: FG für Peters S. 309 (315); Lobe JW 1926, 2725 (2726)

³ vgl. oben 2. Kapitel, 2. Teil B III

⁴ vgl. z.B. Eb. Schmidt Lehrkom. Nachtragsbd. II, § 147 Rdnr. 129

tretenen Meinungen können in drei Gruppen zusammengefaßt werden.

Die ersten beiden Ansichten orientieren sich an dem Grad der Wahrscheinlichkeit, nach dem der Eintritt der Gefährdung zu erwarten ist. Vereinzelte Stimmen in der Literatur lehnen die uneingeschränkte Mitteilung bereits dann ab, wenn die bloße Möglichkeit von Verdunklungshandlungen seitens des Beschuldigten besteht.¹ Die überwiegende Ansicht verlangt einen höheren Gewißheitsgrad² dergestalt, daß der Verteidiger positive Kenntnis von den Verdunklungsplänen seines Mandanten hat.³ Demgegenüber sieht die Gegenansicht es als legales Verhalten an, wenn der Verteidiger die in Ausübung seines Akteneinsichtsrechts erlangten Kenntnisse uneingeschränkt an den Mandanten weitergibt.⁴

Hier ist gem. § 169a StPO auf zwei unterschiedliche Zeiträume hinzuweisen.

Hat die Staatsanwaltschaft nach § 169a StPO den Abschluß der Ermittlungen in der Akte vermerkt, hat der Verteidiger gem. § 147 Abs. 2 iVm Abs. 1 StPO

¹ vgl. Klussmann NJW 1973, 1965, auf den bloßen Anreiz des Mandanten abstellend; Ernesti JR 1982, 221 (226), wonach die bloße Befürwortung des Mißbrauchs die Bekanntgabe verbietet.

² KK-Laufhütte § 147 Rdnr. 8; Kleinknecht/Meyer § 147 Rdnr. 15; Schlüchter S. 121; Müller-Dietz Anm. zum Urteil des BGH v. 3.10.1979 - 3 StR 264/79 in: JR 1981, 76 (78); BGHSt 29, 99 (103 ff); OLG Frankfurt StrVert 1981, 28 (30)

³ so insbes. Müller-Dietz a.a.O.; OLG Frankfurt a.a.O.; BGHSt a.a.O., S. 101, 106

⁴ Roxin, Strafverfahrensrecht § 19 E IV; Tondorf StrVert 1983, 257 (258); Krekeler wistra 1983, 43 (47); Dahs HB Rdnr. 227; Welp in: FG für Peters S. 309 (320); Gatzweiler StrVert 1985, 248 (251); Eb. Schmidt Lehrkom. II § 147 Rdnr. 19; Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 148 ff; Mehle Anm. zum Beschluß des KG v. 5.7.1982 1AR 460/82 -4 ARS 46/82 in: NStZ 1983, 557 (558)

ein uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht. D.h. im Gegensatz zu der Phase bis zum Abschluß der Ermittlungen wird nunmehr das Interesse an unbedingter Strafverfolgung dem Verteidigungsinteresse untergeordnet. Gefährdungen des Untersuchungszwecks werden durch das unbedingte Zugeständnis der Akteneinsicht in Kauf genommen.¹ Ebenso wie im Hauptverfahren muß in dieser Phase des Verfahrens, auch um den Preis der Verdunkelung offen verfahren werden, damit der Angeklagte seine prozessualen Rechte auch besser wahrnehmen kann.² Welp hat hierzu zutreffend festgestellt, daß aufgrund der Möglichkeit der Fortsetzung des Ermittlungsverfahrens und der damit verbundenen Möglichkeit des Verbots der Akteneinsicht die schutzwürdigen Belange der Strafverfolgung hinreichend wahrgenommen werden können.³

Bis zum Abschluß der Ermittlungen hat der Verteidiger dagegen ein gesetzlich festgelegtes beschränktes Akteneinsichtsrecht. Stehen Zwangsmaßnahmen bevor, deren Erfolg von einem Überraschungseffekt abhängt, so kann die Staatsanwaltschaft die Aktenvorlage zeitlich so einrichten, daß die bevorstehenden Zwangsmaßnahmen nicht gefährdet werden. Macht die Staatsanwaltschaft von der Beschränkung des Akteneinsichtsrechts keinen Gebrauch und beläßt sie den Haft- oder Durchsuchungsbefehl in der Akte, hat sie mit Gewährung der Akteneinsicht und vollständiger Aushändigung der Akte an den Verteidiger entweder eine Gefährdung des Untersuchungszwecks für irrelevant erklärt oder übersehen.

Dann aber kann dem Verteidiger, auch wenn man ihn als Organ der Rechtspflege ansieht, nicht die Aufgabe zugeteilt werden, nunmehr zu entscheiden, ob durch Weitergabe der erhaltenen Information der

¹ so zutreffend Welp in: FG für Peters S. 309 (319)

² Welp a.a.O.; LR-Dünnebier § 147 Rdnr. 15

³ Welp a.a.O. S. 320

Ermittlungszweck gefährdet würde, oder aber die Staatsanwaltschaft anhand eigener Abwägung zu der Überzeugung gelangt ist, in der Weitergabe der vollständigen Akte zu diesem Zeitpunkt läge noch keine Gefährdung. Auch wenn in derartigen Fällen zu vermuten ist, daß die Akteneinsicht "versehentlich" gewährt wurde, kann es nicht zu den Kompetenzen der Verteidigung zählen, die zum Aufgabenbereich der Staatsanwaltschaft gehörende Frage zu klären, ob durch die Weitergabe der erlangten Information der Beschuldigte zu Handlungen veranlaßt werden könnte, die den Ermittlungszweck gefährden.¹ Dies hieße nämlich, dem Verteidiger nunmehr aufzuerlegen, staatliche Aufklärungsinteressen sorgsamer als die Staatsanwaltschaft zu beachten.² Ihr Versehen rechtfertigt es noch nicht, den Verteidiger bei Fehlern im Risikobereich der Staatsanwaltschaft zum "Sachwalter staatlicher Interessen"³ zu machen bzw. als "Kontrollinstanz der Ermittlungsbehörden"⁴ einzusetzen. Die Integration des Verteidigers in die Rechtspflege kann nicht die Pflicht begründen, unter Zurückstellung seiner Treuepflicht Fehler bzw. Fehlverhalten der Justizorgane zu tragen. Im Rahmen der Funktionsteilung zwischen den Ermittlungsbehörden und dem Verteidiger muß vielmehr ebenfalls gelten, daß jeder für seinen Risikobereich einzustehen hat, und die Verantwortung nicht auf einen Dritten abwälzen kann.

¹ idS Dahs HB Rdnr. 227

² Welp in: FG für Peters S. 309 (320)

³ so Arbeitskreis Strafprozeßreform S. 98

⁴ so Krekeler wistra 1983, 43 (47)

b) nach anderweitiger legal erlangter Kenntnis

Gleiches wie für die uneingeschränkte Mitteilung der durch die Ausübung des Akteneinsichtsrechts erlangten Kenntnis muß auch für die Weitergabe von zufällig Erfahrenem bezüglich bevorstehender strafprozessualer Zwangsmaßnahmen gelten. Denn alle weiteren benannten Verhaltensweisen¹ stellen Fehler der innerhalb der Justiz tätigen Personen dar. Auch hier kann es nicht im Kompetenzbereich des Verteidigers liegen, fehlerhaftes Verhalten innerhalb der Justiz auszugleichen. Liegen vielmehr alle Umstände, die zum Wissen des Verteidigers geführt haben, allein in der Risikosphäre der Justiz, stellt die Weitergabe dieser Informationen kein verbotenes Handeln seitens des Verteidigers dar.²

c) nach illegal erlangter Kenntnis

Verschafft der Verteidiger sich demgegenüber in unzulässiger Weise Informationen, die ihm nach § 147 Abs. 2 StPO verwehrt worden wären, z.B. durch die Täuschung eines Justizbediensteten, hat er dessen Fehlverhalten - die verbotene Weitergabe dieser Informationen - provoziert, so daß die Ursache für den Fehler nicht mehr allein in der Risikosphäre der Justiz zu suchen ist. Die Weitergabe seitens des Verteidigers solcher durch List, Täuschung oder Bestechung erlangten Informationen an den Mandanten stellt damit ein verbotenes Handeln iSd § 258 Abs. 1 StGB dar.

¹ vgl. oben Punkt II 1

² idS auch Gatzweiler StrVert 1985, 248 (251)

Damit konnte hier das Prinzip der Risikosphäre der Justiz als saubere Trennlinie für die Weitergabe von Informationen bzgl. prozessualer Zwangsmaßnahmen dienen.

2. Sog. unwahre Protokollrüge

Eine Versachlichung von Wertungen kann ebenfalls anhand des Prinzips der Risikosphäre der Justiz für die unwahre Protokollrüge vorgenommen werden.

Relevant wird das Problem der Zulässigkeit bestimmter Rügen in der Revisionsinstanz. Dabei geht es in erster Linie um das Problem der Ausnutzung eines Protokollfehlers. D.h. der Verteidiger rügt unter Hinweis auf das Sitzungsprotokoll einen Verfahrensverstoß, von dem er weiß, daß er nicht stattgefunden hat. Auch hier ist umstritten, ob die mißbräuchliche Ausnutzung eines unrichtigen Protokollvermerks ein strafbares Verteidigerhandeln darstellt. Überwiegend wird unter Berufung auf § 274 StPO jedoch zu Recht davon ausgegangen, daß dieses Verhalten legal ist.¹

Die Beweiskraft des Protokolls, die § 274 S. 1 StPO regelt, bedeutet zum einen, daß im Protokoll vermerkte Vorgänge als geschehen gelten und zum anderen, daß alles, was im Protokoll nicht vermerkt ist, als nicht geschehen gilt.² Während die prozessuale Rechtslage damit eindeutig ist, entbrennt der Streit hier an der Wahrheitspflicht des Verteidiger-

¹ Beulke, Verteidiger S. 156 f u. 236 f; Wassmann, Diss. jur. Hamburg 1982 S. 199; Dahs HB Rdnr. 809 ff; Arzt/Weber LH 4 Rdnr. 258; Cüppers NJW 1950, 930 (931f); ders. NJW 1951, 259; Sarstedt/Hamm S. 127; Schneidewin MDR 1951, 193; RGSt 43, 1 (6); BGHSt 2, 125 (127); a.A. Dallinger NJW 1951, 256 (258); Jescheck GA 1956, 97 (119) die Standeswürdigkeit betreffend

² LR-Gollwitzer § 274 Rdnr. 20; KK-Engelhardt § 274 Rdnr. 7; Kleinknecht/Meyer § 274 Rdnr. 7

gers. Ist für ihn Wahrheit das, was das Protokoll als unverrückbaren Tatbestand schafft, oder das, was er innerhalb der Verhandlung persönlich erlebt hat?

Auch hier muß wiederum gelten, daß der Verteidiger für einen Irrtum seitens der Justiz, der ursächlich für das unrichtige Protokoll war, nicht als 'Korrektiv' herangezogen werden darf. Der Auslöser liegt in der Risikosphäre der Justiz. Aufgrund der falschen Protokollierung weicht die formelle Richtigkeit und damit die Beweiskraft des Verhandlungsprotokolls von dem tatsächlich Geschehenen ab. Während hier gegenüber jedem anderen gilt, daß ein dem prozessualen Recht nicht entsprechendes Urteil ebenso 'Unrecht' darstellt wie ein materiell unrichtiges Urteil, muß auch für den Verteidiger gelten, daß die Justiz eigenverantwortlich für Fehler in ihrem Bereich einsteht.

3. Nichthindern einer erkannten Falschaussage

Dem Verteidiger kann des weiteren nicht die Pflicht zukommen, eine als falsch erkannte Aussage eines Zeugen zu verhindern. Selbst wenn er erkennt, daß das Gericht die Unstimmigkeit bzw. Falschheit der Aussage gänzlich übersehen hat, ist er nicht verpflichtet einzugreifen.¹

Dies gilt auch für den Fall, daß der Verteidiger den Zeugen selbst als Entlastungszeugen benannt hat. Die bloße Benennung des Zeugen für eine wahre bzw. für wahr gehaltene Prozeßbehauptung stellt kein pflichtbegründendes Vorhalten iSd Tatbegehung

¹ so auch BGHSt 4, 327 (329); BGH NJW 1953, 1723; Müller-Dietz Jura 1979, 242 (255); Dahn HB Rdnr. 164; Wassmann, Diss.jur. Hamburg 1982 S. 174 f; idS auch Bockelmann NJW 1954, 697 (700); a.A. noch RGSt 70, 82 (84)

durch Unterlassen dar.¹ Der die Beweismittel benennende Verteidiger muß sich vielmehr auf die Angaben seines Mandanten verlassen dürfen, sofern sie nicht offensichtlich unwahr sind.

Nur weil er als Organ der Rechtspflege an der Wahrheitsfindung mitzuwirken hat, kann man ihm keine Garantenstellung im Hinblick auf die Abwendung von Gefahren für die Erforschung der Wahrheit und das Fällen eines gerechten Urteils auferlegen. Andernfalls würde man von ihm entgegen § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB verlangen, privates Wissen widerrechtlich in den Prozeß einzuführen. Denn mit dem Hindern der Falschaussage, wird von ihm eine Weitergabe von Informationen verlangt, die er entweder vom Beschuldigten selbst erhalten hat oder die er sonst durch seine berufliche Tätigkeit iSd § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB erlangt hat. Gerade hier ist durch die in § 203 StGB normierte Verschwiegenheitspflicht ein strafbewehrtes Verbot der Weitergabe von Informationen anerkannt.

Insofern besteht auch in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit, daß der Verteidiger weder die Pflicht hat, Zeugen von unwahren Aussagen abzuhalten, noch Gericht und Staatsanwaltschaft darauf hinzuweisen, daß sie falsche Untersuchungsbefunde in das Verfahren eingeführt haben.²

Die Verantwortung für das Urteil trifft allein das Gericht. Das in der mangelnden Aufmerksamkeit und mangelnden Kenntnis liegende Verhalten von Gericht und Staatsanwaltschaft, das dazu führt, daß beide die Falschheit der Aussage nicht bemerken, haben sie allein zu verantworten. Das dadurch verursachte Fällen eines Fehlurteils liegt allein in der Risikosphäre der Justizorgane.

¹ so ausdrücklich BGHSt 4, 327 (329)

² vgl. oben S. 233 Fn. 1

4. Ablehnung der Mitwirkung bei der Rekonstruktion
in Verlust geratener Straf- oder Ermittlungs-
akten

Gehen bei Gericht oder im Bereich der Staatsanwaltschaft Straf- bzw. Ermittlungsakten verloren, so ist es für beide durchaus naheliegend, den Verteidiger, dem bereits Akteneinsicht gewährt wurde, um Mithilfe bei der Rekonstruktion dieser Akten zu bitten, indem er ihnen den von ihm gefertigten Aktenauszug zur Verfügung stellt.

Bis auf Rössmann, der das Problem der Mitwirkungspflicht lediglich aus standesrechtlicher Sicht erörtert¹, gelangen die wenigen Autoren, die sich überhaupt mit dieser Verhaltensweise befassen, zu dem Ergebnis, daß eine Mitwirkungspflicht des Verteidigers bei der Rekonstruktion nicht existiert.² Dabei wird sowohl für die eine wie für die andere Ansicht die Organstellung des Verteidigers als Argument herangezogen.³

Eine Pflicht des Verteidigers, dem Gericht bzw. dem Staatsanwalt seine Aktenfotokopien zu überlassen, würde das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandant nicht nur empfindlich beeinträchtigen, sondern könnte es auch zerstören. Außerdem würde hier eine eindeutige Besserstellung desjenigen erfolgen, der keinen Verteidiger hat. Für den Mandanten schwer verständlich und dem Bild des Verteidigers äußerst abträglich wäre es, wenn es nur mit Hilfe des Verteidigers zur Anklage kommt.

¹ vgl. Rössmann NStZ 1983, 446 (447 f)

² vgl. Dahs HB Rdnr. 236; Waldowski NStZ 1984, 448 (449 f); Mehle in: FG für Peters S. 201 (204 ff insbes. 209)

³ vgl. Rössmann a.a.O. S. 447; Waldowski a.a.O. S. 449

Insgesamt darf auch hier der Verteidiger bei einem Aktenverlust im Verantwortungsbereich der Justiz nicht als 'Korrektiv' herangezogen werden. Vielmehr muß die Justiz für ihre Risikosphäre eigenverantwortlich einstehen.

Nach dem Prinzip der Risikosphäre der Justiz sind damit auch derartige Fälle auf ein objektivierbares Maß zurückzuführen und nicht von der subjektiven Wertung des Richters bzgl. der Ausdehnung der Organstellung in die eine oder andere Richtung abhängig.

Etwas anderes muß natürlich gelten, wenn die Akten im Risikobereich des Verteidigers in Verlust geraten.¹ Zu seinem Verantwortungsbereich zählen insbesondere sein Büro sowie das Abholen und Zurückbringen der Akten durch ihn oder seine Angestellten.

Hier muß er eigenverantwortlich für sein im Falle des Verlustes der Akte meist fahrlässiges Verhalten einstehen.

Damit ist eine weitere Gruppe von Verteidigerverhaltensweisen, nämlich diejenigen, zu denen es überhaupt erst durch ein "Fehlverhalten" seitens der Justiz kommen kann, durch einen objektivierbaren Maßstab, das Prinzip der Risikosphäre der Justiz, als strafloses Verteidigerhandeln eingeordnet worden.

¹ so auch Dahs HB Rdnr. 236; Waldowski NSTZ 1984, 448 (450); Mehle in: FG für Peters S. 201 (212) und erst recht Rösmann NSTZ 1983, 446 (447f)

3. TEIL: ZUSAMMENFASSENDE SCHLUSSBETRACHTUNG

Strafbares Verteidigerhandeln ist durch die Aufstellung von acht Ordnungsprinzipien objektivierbar geworden. Es hat sich gezeigt, daß sich der relativ weite Bereich der Tathandlung iSd § 258 Abs. 1 StGB auf diese acht Prinzipien zurückführen läßt.

Sie stellen ein objektivierbares Richtmaß für die Wertung des Richters dar, mit deren Hilfe sich die Vielgestaltigkeit deliktischer Situationen vorausschauend und damit in Rechtssicherheit schaffender Weise erfassen läßt.

Während die Verhaltensweisen des Verteidigers, die den vier Ordnungsprinzipien:

- Prinzip des gesetzlichen Verbots,
- Prinzip des mangelnden Zusammenhangs,
- Prinzip des Machtmißbrauchs zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit Dritter,
- Prinzip der substantiellen Integrität der Entscheidungsgrundlage

unterfallen, ein strafbares Verhalten des Verteidigers iSd § 258 Abs. 1 StGB darstellen, sind die Handlungen, die nicht dort einzuordnen sind, und diejenigen, die innerhalb der vier weiteren Prinzipien:

- Prinzip der Wesensgehaltsgarantie der Verteidigung,
- Prinzip der Subsidiarität strafrechtlicher Reglementierung des Verteidigers,
- Prinzip des freien Beurteilungsspielraums,
- Prinzip der Risikosphäre der Justiz

einzuordnen sind, keine Verhaltensweisen, die den Tatbestand des § 258 Abs. 1 StGB verwirklichen.

Die Strafbarkeit des Mißbrauchs von Verteidigerrechten ist mit ihrer Hilfe definierbar. Ihr Zusammenspiel dergestalt, daß sie sich teils gegenseitig ausschließen, teilweise ergänzen und auf manchen Gebieten überschneiden, gibt dem Verteidiger die bisher fehlende, aber dringend benötigte Rechtssicherheit.

So stellt das Prinzip der Wesensgehaltsgarantie der Verteidigung ein Ordnungsprinzip konträr zum Prinzip des gesetzlichen Verbots dar. Beide Prinzipien stellen die beiden äußersten Eckpunkte dar, zwischen denen die weiteren Ordnungsprinzipien aufgestellt wurden. Konträr zum Prinzip der Wesensgehaltsgarantie der Verteidigung ist auch das Prinzip des mangelnden Zusammenhangs. Verteidigerhandlungen, die zum Prinzip der Wesensgehaltsgarantie zählen, können somit niemals dem Prinzip des gesetzlichen Verbots oder dem Prinzip des mangelnden Zusammenhangs unterfallen.

Während die Ordnungsprinzipien sich bzgl. der uneingeschränkten Weitergabe der aus dem Akteneinsichtsrecht erlangten Informationen mit dem Prinzip der Subsidiarität strafrechtlicher Reglementierung des Verteidigers und dem Prinzip der Risikosphäre der Justiz gegenseitig ergänzt haben, hat sich das Fälschen einer Urkunde sowohl nach dem Prinzip des gesetzlichen Verbots, als auch nach den Prinzipien des mangelnden Zusammenhangs und der substantiellen Integrität der Entscheidungsgrundlage unter verschiedenen Gesichtspunkten als strafbar gezeigt.

So wurde auch bzgl. Einflußnahme und Umgang mit Zeugen nach drei Prinzipien differenziert. Anstiftung und Beihilfe zur Falschaussage stellen nach dem Prinzip des gesetzlichen Verbots strafbare Handlungen dar. Nach dem Prinzip der substantiellen Integrität der Entscheidungsgrundlage ist auch die Einführung eines meineidentschlossenen Zeugen in

den Prozeß strafbar, während sich Rat oder Bitte, gerichtet an den Zeugnisverweigerungsberechtigten, von seinem Recht zugunsten des Mandanten Gebrauch zu machen, nach dem Prinzip des verbotenen Machtmißbrauchs zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit Dritter als straflose Handlungen darstellen.

Anhand der erörterten Verteidigerverhaltensweisen, die in Rechtsprechung und Literatur wohl meist diskutierten, zumindest jedoch die wichtigsten, hat sich die praktische Relevanz der Ordnungsprinzipien gezeigt, wobei die erörterten Verteidigerverhaltensweisen jeweils zur Manifestierung der Ordnungsprinzipien herangezogen wurden. Ein Anspruch auf Vollständigkeit der so erfaßten Handlungsweisen kann und soll dabei aufgrund der Vielgestaltigkeit menschlichen Handelns nicht erhoben werden.

LITERATURVERZEICHNIS

- A c k e r m a n n, o. Vn.: Anmerkung zum Urteil des BGH v. 18.10.1957 - 5 StR 383/57, in: MDR 1958, 49
- A c k e r m a n n, Heinrich: Die Verteidigung des schuldigen Angeklagten, in: NJW 1954, 1386
- A l e x a n d e r, Rudolf: Die Stellung des Verteidigers, in: ZStW 1931, 54
- A n s c h ü t z, Klaus: Die Entziehung der Verteidigungsbe-
fugnis, Diss. jur. Heidelberg 1959
- A n w a l t s k o l l e k t i v Frankfurt/M.: Stellung-
nahme des Anwaltkollektivs Frankfurt/M., in: KJ 1972,
274
- A r b e i t s g e m e i n s c h a f t Sozialdemokrati-
scher Juristen im Bezirk Hamburg: Stellungnahme des
ASJ-Bezirk Hamburg zum Arbeitspapier des ASJ-Bezirk
Hannover zum Thema "Die Funktion des Rechtsanwalts und
deren Voraussetzungen in der Gesellschaft", abgedruckt
in: Werner Holtfort (Hrsg.), Strafverteidiger als In-
teressenvertreter, Neuwied, Darmstadt 1979, S. 66
- A r b e i t s k r e i s Strafprozeßreform: Die Vertei-
digung - Gesetzentwurf und Begründung, vorgelegt von
Günther Bemann, Gerald Grünwald, Winfried Hassemer,
Detlef Krauß, Klaus Lüderssen, Wolfgang Naucke, Hans-
Joachim Rudolphi, Jürgen Welp; Heidelberg, Karlsruhe
1979
- A r m b r u s t e r, Klaus: Die Entwicklung der Verteidi-
gung in Strafsachen, Berlin 1980
- A r n d t, Adolf: Die Freiheit des Verteidigers (§ 1 BRAO;
Art. 12 und 103 GG), in: NJW 1964, 2146
- A r z t, Gunther: Der Ruf nach Recht und Ordnung, Tübingen
1976
- Zum Zweck und Mittel der Nötigung, in: Festschrift für
Hans Welzel, Berlin, New York 1974, S. 823
- A r z t, Gunther/ W e b e r, Ulrich: Strafrecht Besonderer
Teil, Lehrheft 4, Bielefeld 1980
- A u g s t e i n, Josef: Der Anwalt: Organ der Rechts-
pflege?, in: NStZ 1981, 52
- B a d u r a, Peter: ohne Titel, in: Sonderausschuß für die
Strafrechtsreform 1970/71, Protokoll v. 25.11.1970,
S. 1091

- B a r, L. von: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. III, Berlin 1909
- B a u m a n n, Jürgen: Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts, 3. Auflage, Stuttgart 1979
- B a u m a n n, Jürgen/ W e b e r, Ulrich: Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Bielefeld 1985
- B a u m b a c h / L a u t e r b a c h / A l b e r s / H a r t m a n n: Zivilprozeßordnung, 44. Auflage, München 1986
- B e l i n g, Ernst: Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin 1928
- B e r k e n h e i d e, Josef: Die Grenzen anwaltlicher Strafverteidigung, Diss. jur. Münster 1952
- B e u l k e, Werner: Der Verteidiger im Strafverfahren, Frankfurt/M 1980
- Anmerkung zum Beschluß des BGH v. 16.5.1983 - 2 ARs 129/83, in: NStZ 1983, 504
- B i r k m e y e r, Karl: Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898
- B l e i, Hermann: Strafrecht II, Besonderer Teil, 12. Auflage, München 1983
- B o c k e l m a n n, Paul: Zum Problem der Meineidsbeihilfe durch Unterlassen, in: NJW 1954, 697
- B o r g m a n n, Brigitte / H a u g, Karl: Anwaltspflichten/Anwaltshaftung, Frankfurt/M 1979
- B o t t k e, Wilfried: Wahrheitspflicht des Verteidigers, in: ZStW 1981, 726
- Anmerkung zum Urteil des BGH v. 3.10.1979 - 3 StE 264/79, in: JA 1980, 448
- Anmerkung zum Beschluß des BGH v. 16.5.1983 - 2 ARs 129/83, in: JR 1984, 300
- B r i n g e w a t, Peter: Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeprivileg des Verteidigers, in: NJW 1974, 1740
- B r u m b y, Gustav: Rechtsanwalt - Anwalt des Staates?, in: JR 1964, 374

- C a n a r i s, Claus-Wilhelm: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Auflage, Berlin 1983
- C ü p p e r s, Josef: Gesetzlicher Zwang zur Lüge, in: NJW 1950, 930
- Anmerkung zum Urteil des BGH v. 20.5.1952 - 1 StR 748/51, in: NJW 1952, 895
- D a h s, Hans sen.: Verteidigung im Strafverfahren - heute und morgen, in: ZRP 1968, 17
- Der Anwalt im Strafprozeß, in: AnwBl 1959, 171
 - Stellung und Grundaufgaben des Strafverteidigers, in: NJW 1959, 1158
 - Die unwahre Verfahrensrüge, in: AnwBl 1950/51, 90
- D a h s, Hans jun.: Handbuch des Strafverteidigers, 5. Auflage, Köln 1983
- Wehrhafter Rechtsstaat und freie Verteidigung - ein Widerspruch?, in: ZRP 1977, 164
 - Das "Anti-Terroristengesetz" - eine Niederlage des Rechtsstaats, in: NJW 1976, 2145
 - Ausschließung und Überwachung des Strafverteidigers - Bilanz und Vorschau, in: NJW 1975, 1385
 - Verteidiger, der Gehilfe des Gerichts?, in: AnwBl 1966, 371
- D a l l i n g e r, Wilhelm: Gesetzlicher Zwang zur Lüge?, in: NJW 1951, 256
- D e c k e r s, Rüdiger: "Mißbrauch" von Anwaltsrechten zur "Prozeßsabotage", in: AnwBl 1981, 316
- D e n c k e r, Friedrich: Verwertungsverbote im Strafprozeß, Köln, Berlin, Bonn, München 1977
- D e u t s c h e r Richterbund, Stellungnahme zur Verteidigerüberwachung, abgedruckt in: Werner Holtfort (Hrsg.), Strafverteidiger als Interessenvertreter, Neuwied, Darmstadt 1979, S. 66
- D o h n a, Alexander Graf zu: Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, Halle a.S. 1905
- D r e h e r, Eduard / T r ö n d l e, Herbert: Strafgesetzbuch, 42. Auflage, München 1985

- D ü r k o p, Marlies: Der Angeklagte, Eine sozialpsychologische Studie zum Verhalten vor Gericht, München 1977
- Was sind Mandanten-Interessen?, in: Werner Holtfort (Hrsg.), Strafverteidiger als Interessenvertreter, Neuwied, Darmstadt 1979, S. 152
- E b e r m a y e r, o. Vn.: Verteidigung und Begünstigung, in: DJZ 1927, 138
- E b e r t, Udo: Tendenzwende in der Straf- und Strafprozeßgesetzgebung?, in: JR 1978, 136
- E r n e s t i, Günter: Grenzen anwaltlicher Interessenvertretung im Ermittlungsverfahren, in: JR 1982, 221
- E s c h e n, o. Vn.: Noch einmal: § 1 BRAO - Bedeutung des Begriffs "Organ der Rechtspflege", in: StrVert 1981, 365
- F e z e r, Gerhard: Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm v. 27.3.1979 - 4 Ss 2376/78, in: JR 1980, 83
- Grundfälle zum Verlesungs- und Verwertungsverbot im Strafprozeß, in: JuS 1978, 472
 - Zur jüngsten Auseinandersetzung um das Rechtsgut des § 240 StGB, in: GA 1975, 353
- F i s c h e r, Walter: Die Freiheit der Advocatur, in: MDR 1948, 467
- F r a n k, Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, Tübingen 1931
- F r i s c h, Wolfgang: Zum tatbestandsmäßigen Verhalten der Strafverteilerung, in: JuS 1983, 915
- Tatbestandsprobleme der Strafvollstreckungsvereitelung, in: NJW 1983, 2471
- F r o h n, Hansgeorg: Strafverteidigung und rechtliches Gehör - Verfassungsrechtliche Anmerkungen zur Strafrechtsreform, in: GA 1984, 554
- F r y d m a n n, Marcel: Systematisches Handbuch der Verteidigung in Strafsachen, Wien 1878
- F u l d, Ludwig: Die Aufgabe der Verteidigung, in: JW 1892, 53
- G a l l a s, Wilhelm: Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlin 1968
- Grenzen zulässiger Verteidigung im Strafprozeß, in: ZStW 1934, 267

- G a t z w e i l e r, Norbert: Möglichkeiten und Risiken einer effizienten Strafverteidigung, in: StrVert 1985, 248
- G e e r d s, Friedrich: Buchbesprechung: Wolfgang Knapp, Der Verteidiger - ein Organ der Rechtspflege?, in: GA 1975, 347
- G e r l a n d, Heinrich: Der Deutsche Strafprozeß, Mannheim, Leipzig 1927
- G e y e r, August: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, Leipzig 1880
- G l a s e r, Julius: Handbuch des Strafprozesses, Bd. II, Leipzig 1885
- G ö d d e k e, Dieter: Die Einschränkung der Strafverteidigung, Köln 1980
- Verteidigerausschluß auf Grund "Verdachts"?, in: DuR, 1979, 325
- G ö s s e l, Karl Heinz: Strafverfahrensrecht, Stuttgart 1977
- Die Stellung des Verteidigers im rechtsstaatlichen Strafverfahren, in: ZStW 1982, 5
- G o l l w i t z e r, Walter: Anmerkung zum Urteil des Hanseatischen OLG v. 3.11.1978 - 2 Ss 58/78, in: JR 1980, 34
- G r o ß, Karl-Heinz: Der erweiterte Verteidigerausschluß nach § 138a II StPO - eine Fehlentscheidung des Gesetzgebers, in: NJW 1975, 422
- Die gesetzliche Regelung des Verteidigerausschlusses, in: ZRP 1974, 25
- G r u b e, Walter: Der Ausschluß von Strafverteidigern wegen Begünstigung, Diss. jur. Köln 1934
- G r ü n w a l d, Gerald: Anmerkung zum Beschluß des BGH v. 22.10.1975 - 1 StE 1/74, in: JZ 1976, 767
- Die Verteidigung - Grundlagen und Ziele des Gesetzentwurfes des Arbeitskreises Strafprozeßreform, in: AnwBl 1980, 5
- G ü n t h e r, Hans-Ludwig: Die Genese eines Straftatbestandes, in: JuS 1978, 8
- G u s y, Christoph: Grundrechtsschutz der Strafverteidigung, in: AnwBl 1984, 225

- H a b s c h e i d, Walter: Die Unabhängigkeit des Rechtsanwaltes, in: NJW 1962, 1985
- H a f e r l a n d, Fritz: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verteidigers, Diss. jur. Leipzig 1928
- H a f f k e, Bernhard: Einschränkung des Beschlagnahmeprivilegs des Verteidigers durch den Rechtsgedanken der Verwirkung?, in: NJW 1975, 808
- Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot, in: GA 1973, 65
- H a m m, Rainer: Entwicklungstendenzen der Strafverteidigung, in: Festschrift für Werner Sarstedt, Berlin, New York 1981, S. 49
- H a n n o v e r, Heinrich: Strafverteidigung in der Vertrauenskrise, in: KJ 1978, 221
- Abschaffung der Verteidigung im politischen Strafprozeß, in: DuR 1976, 366
- H a n s s e n, o.Vn.: Die Stellung des Rechtsanwalts als Organ einer starken nationalsozialistischen Rechtspflege, in: DR 1944, 353
- H a r d w i g, Werner: Die Persönlichkeit des Beschuldigten im Strafprozeß, in: ZStW 1954, 236
- H a s s e m e r, Winfried: Die "Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege" - ein neuer Rechtsbegriff?, in: StrVert 1982, 275
- Reform der Strafverteidigung, in: ZRP 1980, 326
- H a u g, Otto: Die grundsätzliche Stellung des Verteidigers, Diss. jur. Tübingen 1939
- H e e b, Wolfgang: Grundsätze und Grenzen anwaltlicher Strafverteidigung und ihre Anwendung auf den Fall der Mandatsübernahme, Diss. jur. Tübingen 1973
- H e i n i c k e, Günther: Der Beschuldigte und sein Vertreter in der Bundesrepublik Deutschland, München 1984
- H e i n s, Valentin: Der neue Entwurf zur BRAO, in: NJW 1958, 201
- H e n k e l, Heinrich: Strafverfahrensrecht, 2. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968
- H e r r m a n n, Joachim: Literaturbericht Strafprozeßrecht - Beulke, Werner: Der Verteidiger im Strafverfahren, in: ZStW 1983, 104

- H i l l m a n n, Henning: Bedeutung und Funktion der freien Berufe, in: AnwBl 1979, 446
- H i p p e l, Robert von: Der Deutsche Strafprozeß, Marburg 1941
- Verteidigung und Pflicht des Angeklagten, in: DStZ 1919, 241
- H o c h s c h u l l e h r e r des Strafrechts: Erklärung zu den Beschränkungen im Strafverfahren, in: KJ 1975, 303
- H o f s t e t t e r, Max: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verteidigers wegen Begünstigung, Diss. jur. Bern 1938
- H o l t f o r t, Werner: Der Anwalt als soziale Gegenmacht, in: ders. (Hrsgb.), Strafverteidiger als Interessenvertreter, Neuwied, Darmstadt 1979, S. 37
- Ein Stück sozialer Gegenmacht - Zur Rollenfindung des Rechtsanwalts, in: KJ 1977, 313
- H o r b e r, Ernst: Die Rechtsstellung des Verteidigers im Strafprozeß, Diss. jur. Würzburg 1933
- I m m e, Arnold: Anmerkung zum Urteil des BGH v. 18.10. 1957 - 5 StR 383/57, in: JR 1957, 467
- J e s c h e c k, Hans-Heinrich: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1978
- Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, in: GA 1956, 97
- J o l m e s, Andreas: Der Verteidiger im deutschen und österreichischen Strafprozeß, Paderborn 1982
- K a l s b a c h, Werner: Bundesrechtsanwaltsordnung und Richtlinien für die Ausbildung des Rechtsanwaltsberufs, Kommentar, Köln 1960
- K a r l s r u h e r Kommentar zur Strafprozeßordnung, Hrsgb.: Gerd Pfeiffer, München 1982
(zitiert als: KK-Bearbeiter, § und Rdnr.)
- K a u f m a n n, Arthur: Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, in: Festschrift für Heinrich Henkel, Berlin 1974, S. 89
- K i s s e l, Otto Rudolf: Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, München 1981

- K l e i n, Hans: Sozialistische Systemüberwindung in der Rechtspflege, in: Werner Holtfort (Hrgeb.), Strafverteidiger als Interessenvertreter, Neuwied, Darmstadt 1979, S. 62
- K l e i n k n e c h t, Theodor / M e y e r, Karlheinz: Strafprozeßordnung, 37. Auflage, München 1985
- K l u s s m a n n, Günther: Das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers in eigener Sache, in: NJW 1973, 1965
- K n a p p, Wolfgang: Der Verteidiger - ein Organ der Rechtspflege?, Köln 1974
- K ö h l e r, August: Die Lehre von der Vertheidigung, Diss.jur. Erlangen 1897
- K r ä m e r, Achim: Der Rechtsanwalt - ein "staatlich gebundener Vertrauensberuf"?, in: NJW 1975, 849
- K r a u s e, Dietmar: Einzelfragen zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers im Strafverfahren, in: StrVert 1984, 169
- K r a u ß, Detlef: Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß, in: Festschrift für Friedrich Schaffstein, Göttingen 1975, S. 411
- K r e k e l e r, Wilhelm: Probleme der Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen, in: wistra 1983, 43
- Strafverfahrensrecht und Terrorismus, Bewährung oder Niederlage des Rechtsstaates?, in: AnwBl 1979, 212
 - Beeinträchtigung der Rechte des Mandanten durch Strafverfolgungsmaßnahmen gegen den Rechtsanwalt, in: NJW 1977, 1417
- K r i e s, August von: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg 1892
- K ü h n e, Hans-Heiner: Strafprozeßlehre, 2. Auflage, Kehl am Rhein 1982
- K u n i g k, Fritz: Prozeßführung und Strafverteidigung, 2. Auflage, Stuttgart 1979
- L a c k n e r, Karl: Strafgesetzbuch, 16. Auflage, München 1985
- L a m p e, Ernst-Joachim: Der Ausschluß des Verteidigers im Entwurf des 2. Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts, in: JZ 1974, 697

- L a n t z k e, Ursula / M ü l l e r, Egon / W a h l e
Eberhard: Stellungnahme zum Gesetzentwurf des Arbeits-
kreises Strafprozeßreform: Die Verteidigung, Schriften-
reihe der Bundesrechtsanwaltskammer Bd. 5, München
1984
- L a r e n z, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
5. Auflage, Berlin 1983
- Richtiges Recht, München 1979
- L e i p z i g e r Kommentar, Strafgesetzbuch, hrgb. von:
Hans-Heinrich Jescheck, Wolfgang Ruß, Günther Willms
- 28. Lieferung: §§ 331-355, 357, 358, 10. Auflage,
Berlin, New York 1982
 - 32. Lieferung: §§ 249 - 262, 10. Auflage, Berlin, New
York 1983
- L e n c k n e r, Theodor: Zum Tatbestand der Strafvereite-
lung, in: Gedächtnisschrift für Horst Schröder,
München 1978, S. 339
- Mitbeschuldigter und Zeuge, in: Einheit und Vielfalt
des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters, Tübingen
1974, S. 333
 - Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und
der Satz "nulla poena sine lege", in: JuS 1968, 304
 - Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und
der Satz "nullum crimen sine lege", in: JuS 1968, 249
 - Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweige-
rungsrecht, in: NJW 1965, 321
- L i l i e n t h a l, Karl von: Die Wahrheitspflicht des
Verteidigers im Strafprozeß, in: DJZ 1914, 27
- L i s z t, Franz von: Die Stellung des Verteidigers in
Strafsachen, in: DJZ 1901, 179
- L o b e, o. Vn.: Ist ein Verteidiger berechtigt, nach Er-
öffnung des Hauptverfahrens dem Angeklagten einen Ak-
tenauszug oder auch eine vollständige Aktenabschrift
mitzuteilen und ihm während der Hauptverhandlung zu
seiner Verteidigung zu belassen?, in: JW 1926, 2725
- L o e w e - R o s e n b e r g: Die Strafprozeßordnung und
das Gerichtsverfassungsgesetz
- bearbeitet von Hanns Dünnebier, Karlheinz Meyer,
Karl Schäfer, Günther Wendisch
 - 1. Bd.: Einleitung, §§ 1 bis 11n, 23. Auflage,
Berlin, New York 1976
 - bearbeitet von Hanns Dünnebier, Walter Gollwitzer,
Karlheinz Meyer, Lutz Meyer-Goßner, Karl Schäfer,
Günther Wendisch

- L o e w e - R o s e n b e r g: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz
- bearbeitet von Hanns Dünnebier, Karlheinz Meyer, Karl Schäfer, Günther Wendisch
 - 2. Bd.: §§ 112 bis 212b, 23. Auflage, Berlin, New York 1978
 - 3. Bd.: §§ 213 bis 358, 23. Auflage, Berlin, New York 1978
 - 5. Bd.: GVG, EGGVG, Anhang, 23. Auflage, Berlin, New York 1979
 - bearbeitet von Günter Wendisch, Ernst-Walter Hanack,
 - 4. Lieferung: §§ 112 bis 136a, 24. Auflage, Berlin, New York 1985
- (zitiert als: LR-Bearbeiter, § und Rdnr.)
- L ü d e r s s e n, Klaus: Wie abhängig ist der Strafverteidiger von seinem Auftraggeber? Wie abhängig kann und soll er sein?, in: Festschrift für Hanns Dünnebier, Berlin, New York 1982, S. 263
- Aus der grauen Zone zwischen staatlichen und individuellen Interessen - Zur Funktion der Strafverteidigung in einer freien Gesellschaft, in: Festschrift für Werner Sarstedt, Berlin 1981, S. 145
- L u k a n o w, Jürgen: Der Mißbrauch der Verteidigerstellung im englischen und deutschen Strafprozeß, Bonn 1953
- M a h l e r, Horst: Erklärungen, Beiträge und Stellungnahmen aus dem Gefängnis, Köln 1976
- M a i w a l d, Manfred: Literaturbericht: Mallison, Jochen, Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme, in: ZStW 1981, 885
- M a l l i s o n, Jochen: Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme, Tübingen 1979
- M a u l, Heinrich: Gesetz gegen Terrorismus und Rechtsstaat, in: DRiZ 1977, 207
- M a u n z / D ü r i g / H e r z o g: Grundgesetz Kommentar Bd. I, 22. Lieferung, Stand: September 1983
- M a u n z, Theodor / Z i p p e l i u s, Reinhold: Deutsches Staatsrecht, 25. Auflage, München 1983
- M a u r a c h, Reinhart / G ö s s e l, Karl-Heinz / Z i p f, Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 6. Auflage, Heidelberg 1984
- M a u r a c h, Reinhart / S c h r o e d e r, Friedrich Christian: Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2, 6. Auflage, Heidelberg, Karlsruhe 1981

- M a u r a c h, Reinhart / Z i p f, Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 5. Auflage, Heidelberg 1983
- M e h l e, Volkmar: Der Verteidiger - Ein Korrektiv auch zu Lasten des Beschuldigten?, in: Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren, Festgabe für Karl Peters, Heidelberg 1984, S. 201
- Anmerkung zum Beschluß des KG v. 5.7.1982 - 1 AR 460/82 - 4 ARs 46/82, in: NStZ 1983, 557
- M e h l i c h, Kurt: Verteidigung und Begünstigung, Diss. jur. Berlin 1910
- M ü h l h a u s, Hans: Kann ein selbst Verdächtiger Strafverteidiger sein?, Diss. jur. Köln 1937
- M ü l l e r, Egon: Strafverteidigung, in: AnwBl 1981, 311
- Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren, in: NJW 1976, 1063
- M ü l l e r, Hansruedi: Verteidigung und Verteidiger im System des Strafverfahrens dargestellt am Beispiel der zürcherischen Prozeßordnung, Zürich 1975
- M ü l l e r, Ingo: Rechtsstaat und Strafverfahren, Frankfurt/M 1980
- Die Strafvereitelung im System der Rechtspflegedelikte, in: StrVert 1981, 90
 - Neue Grenzen anwaltlicher Tätigkeit?, in: DuR 1977, 267
- M ü l l e r, Klaus: Die Pflichten des Anwalts im Zusammenhang mit der Führung des Prozesses, in: JR 1969, 161
- M ü l l e r - D i e t z, Heinz: Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozeß, in: ZStW 1981, 1177
- Anmerkung zum Urteil des BGH v. 3.10.1979 - 3 StR 264/79 (BGHSt 29, 99), in: JR 1981, 76
 - Strafverteidigung und Strafvereitelung, in: Jura 1979, 242
- M ü l l e r - E m m e r t, Adolf: Sozialschädlichkeit und Strafbarkeit, in: GA 1976, 291
- M ü l l e r - M e i n i n g e n, Ernst jr.: Die Selbstachtung des Verteidigers, in: AnwBl 1978, 218
- M ü n c h, Ingo von: Grundgesetzkomentar, Bd. 1, Präambel bis Art. 20 GG, 3. Auflage, München 1985

- M u n d o r f, Johannes: Die Wahrheitspflicht des Rechtsanwalts als Strafverteidiger, Diss. jur. Köln 1929
- N a u c k e, Wolfgang: "Mißbrauch" des Strafantrags?, in: Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin 1966, S. 565
- N i c k o l, Johannes: Wesen und Grenzen der Verteidigung, Diss. jur. Jena 1931
- N i e m ö l l e r, Martin / S c h u p p e r t, Gunnar Folke: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafverfahrensrecht, in: AöR 1982, 389
- N i e s e, Werner: Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen 1950
- O s t e n d o r f, Heribert: Verteidigung am Scheideweg, in: JZ 1979, 252
- Strafvereitelung durch Strafverteidigung, in: NJW 1978, 1345
- O s t l e r, Fritz: Die Entziehung der Verteidigerbefugnis durch den Strafrichter, in: JR 1960, 170
- O t t o, Harro: Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien? Überlegungen zum Deliktsaufbau, in: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, München 1978, S. 53
- Strafvereitelung durch Verteidigerhandeln, in: Jura 1987, 329
- P a l a n d t, Bürgerliches Gesetzbuch, 44. Auflage München 1985
- P e l c h e n, G.: Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart v. 28.4.1978 - 3 Ss (3) 73/78, in: JR 1979, 172
- P e t e r s, Karl: Strafprozeß, 4. Auflage, Heidelberg 1985
- Fehlerquellen im Strafprozeß, Bd. 2 - Systematische Untersuchungen und Folgerungen, Karlsruhe 1972
- P f e i f f e r, Gerd: Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln, in: DRiZ 1984, 341
- P r a m a n n, Hedda: Die Ausschließung des Verteidigers im Strafverfahren, Diss. jur. Hamburg 1964
- P r e i s e n d a n z, Holger: Strafgesetzbuch, 30. Auflage, Berlin 1978
- P r e u ß, Ulrich K.: Verteidiger vor Gericht, in: Werner Holtfort (Hrsg.), Strafverteidiger als Interessenvertreter, Neuwied, Darmstadt 1979, S. 48

- P u p p e, Ingeborg: List im Verhör des Beschuldigten, in: GA 1978, 289
- Q u a c k, Karlheinz: Sinn und Grenzen anwaltlicher Unabhängigkeit heute, in: NJW 1975, 1337
- R e i c h e l, Hans-Peter: Der Anwalt - Organ der Rechtspflege oder Interessenvertreter?, in: ZRP 1982, 83
- R e p u b l i k a n i s c h e r Anwaltsverein: Erklärung des Vorstands des Republikanischen Anwaltvereins, in: KJ 1980, 102
- R i c h t e r II, Christian: Praktische Theorie - Immer noch einmal: Der Mitbeschuldigte als Zeuge - Zur Revisionsbegründungsfrist - Die Zeugenvernehmung durch den Verteidiger, in: Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren, Festgabe für Karl Peters, Heidelberg 1984, S. 235
- R i e h l e, Eckart: Funktionstüchtige Strafrechtspflege contra strafprozessuale Garantien, in: KJ 1980, 316
- R i e ß, Peter: Der Ausschluß des Verteidigers in der Rechtswirklichkeit, in: NStZ 1981, 328
- Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, in: Festschrift für Karl Schäfer, Berlin 1980, S. 155
 - Das Strafverfahrensänderungsgesetz 1979, in: NJW 1978, 2265
 - Die Stellung des Verteidigers beim Verzicht auf die Verwendung präsender Beweismittel, in: NJW 1977, 881
- R i s s e l, Friedhelm: Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, insbesondere in seiner Funktion als Verteidiger im Strafverfahren, Diss. jur. Marburg 1980
- R o e d e r, Hermann: Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechenaufbau, Berlin 1969
- R ö m e r, Josef: Kooperatives Verhalten der Rechtspflegeorgane im Strafverfahren?, in: Festschrift für Erich Schmidt-Leichner, München 1977, S. 133
- R ö m e r, Wilhelm: Pflichtverteidiger neben Wahlverteidiger?, in: ZRP 1977, 92
- R ö s m a n n, H.-J.: Mitwirkung des Verteidigers an der Rekonstruktion in Verlust gegangener Straf- (Ermittlungs-) Akten aus standesrechtlicher Sicht, in: NStZ 1983, 446

- R o x i n, Claus: Strafverfahrensrecht, 19. Auflage, München 1985
- Die "sozialethischen Einschränkungen" des Notwehrrechts - Versuch einer Bilanz, in: ZStW 1981, 68
 - Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: JuS 1966, 377
 - Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, in: JuS 1964, 373
- R u d o l p h i, Hans-Joachim: Strafvereitelung durch Verzögerung der Bestrafung und Selbstbegünstigung durch Vortäuschen einer Straftat - BayObLG NJW 1978, 2563, in: JuS 1979, 859
- Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung iSd §§ 129 und 129a StGB, in: Festschrift für Jürgen Bruns, München 1978, S. 315
 - Strafprozeß im Umbruch, in: ZRP 1976, 165
- R ü p i n g, Hinrich: Das Strafverfahren, 2. Auflage, München 1983
- Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, Berlin 1976
- R ü p i n g, Hinrich / D o r n s e i f e r, Gerhard: Dysfunktionales Verhalten im Prozeß, in: JZ 1977, 417
- S a m s o n, Erich: Strafvereitelung auf Zeit, in: JA 1982, 181
- S a n d e r m a n n, Almut: Waffengleichheit im Strafprozeß, Diss. jur. Köln 1975
- S a r s t e d t, Werner / H a m m, Rainer: Die Revision in Strafsachen, 5. Auflage, Berlin 1983
- S a x, Walter: "Tatbestand" und Rechtsgutverletzung (I), in: JZ 1976, 9
- S c h i e r, Wolfgang: Die Stellung des Rechtsanwalts in der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte, in: AnwBl 1984, 410
- S c h l ü c h t e r, Ellen: Das Strafverfahren, 2. Auflage, Köln, Bonn, München 1983

- S c h m i d h ä u s e r, Eberhard: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Tübingen 1984
- Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses, in: Festschrift für Eberhardt Schmidt, Göttingen 1961, S. 511
- S c h m i d t, Eberhard: Lehrkommentar zu StPO Teil I, 2. Auflage, Göttingen 1964
- Teil II, Göttingen 1957
 - Nachtragsband II, Nachträge und Ergänzungen zum Teil II, Göttingen 1970
 - Der Strafprozeß - Aktuelles und Zeitloses, in: NJW 1969, 1137
- S c h m i d t - L e i c h n e r, Erich: Strafverfahrensrecht 1975 - Fortschritt oder Rückschritt?, in: NJW 1975, 417
- S c h n a p p, Friedrich, E.: Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs, in: JuS 1983, 850
- S c h n e i d e r, Hans-Peter: Das Leitbild des Rechtsanwalts im Grundgesetz, in: Werner Holtfort (Hrsg.), Strafverteidiger als Interessenvertreter, Neuwied, Darmstadt 1979, S. 26
- S c h n e i d e r, Rolf: Verfassungsrechtliche Grundlagen des Anwaltsberufs, in: NJW 1977, 873
- Der Rechtsanwalt - ein unabhängiges Organ der Rechtspflege, Berlin 1976
- S c h n e i d e w i n, o. Vn.: Verfahrensrüge und Sitzungsprotokoll, in: MDR 1951, 193
- S c h ö n k e, Adolf/ S c h r ö d e r, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar, 22. Auflage, München 1985 (zitiert als: S/S-Bearbeiter § und Rdnr.)
- S c h o r n, Hubert: Der Strafverteidiger, Frankfurt/M 1976
- Die Rechtsstellung des Beschuldigten und seines Verteidigers nach dem Strafprozeßänderungsgesetz, in: NJW 1965, 713
- S c h r e i b e r, Hans-Ludwig: Tendenzen der Strafprozeßreform, in: ders. (Hrsg.), Strafprozeß und Reform, Darmstadt 1979, S. 15
- S c h r e i b e r, Jürgen: Zur neuen Rechtsentwicklung in Sachen Terrorismus, in: DuR 1978, 51
- S c h u b a r t h, Martin: Begünstigung durch Beherbergen? in: Lebendiges Strafrecht, Festgabe für Hans Schultz, Bern 1977, S. 158

- S e e l m a n n, Kurt: Die Ausschließung des Verteidigers,
in: NJW 1979, 1128
- S e i b e r t, Claus: Konfliktslagen für Anwalt und Ver-
teidiger, in: JR 1951, 678
- S e i e r, Jürgen: Die Trennlinie zwischen zulässiger Ver-
teidigungstätigkeit und Strafvereitelung - OLG Frank-
furt NStZ 1981, 144, in: JuS 1981, 806
- S y s t e m a t i s c h e r Kommentar zum Strafgesetzbuch,
bearbeitet von : Hans-Joachim Rudolphi, Eckhard Horn
und Erich Samson
- Bd. 1: Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Frankfurt/M. 1984,
Stand: 6. Lieferung, abgeschlossen im September 1985
 - Bd. 2: Besonderer Teil, Frankfurt/M., Stand: 19. Liefe-
rung, abgeschlossen im Juni 1985
(zitiert als: SK-Bearbeiter § und Rdnr.)
- S p e n d e l, Günter: Zur Vollmacht und Rechtsstellung
des Strafverteidigers, in: JZ 1959, 737
- Wahrheitsfindung im Strafprozeß, in: JuS 1964, 465
- S t a c k e l b e r g, Curt von: Der Anwalt im Straf-
prozeß, in: AnwBl 1959, 190
- S t a e g e, o. Vn.: Amtliche Ehrengerichtbarkeit,
in: DR 1941, 519
- S t e l t e r, Paul: Die Begünstigung durch Straf-
verteidiger, Diss. jur. Köln 1932
- S t e r n, Klaus: Anwaltschaft und Verfassungsstaat,
München 1980
- S t r a t e n w e r t h, Günter: Strafrecht, Allgemeiner
Teil I, Die Straftat, 3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn,
München 1981
- Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf des
Strafgesetzbuches, in: ZStW 1959, 565
- S t r e e, Walter: Begünstigung, Strafvereitelung und
Hehlerei, in: JuS 1976, 138
- Schweigen des Beschuldigten im Strafverfahren, in:
JZ 1966, 593
- S t r o e b e l e, Christian: Verteidiger im Strafverfah-
ren gegen die RAF. Zu den Vorwürfen, zu der Praxis und
zum Selbstverständnis, in: Wolfgang Dreßen (Hrgb.),
Politische Prozesse ohne Verteidiger, Berlin 1976,
S. 45

- S t r z y z, Wolfgang: Die Abgrenzung von Strafverteidi-
gung und Strafvereitelung, München 1983
- S t ü r n e r, Rolf: Strafrechtliche Selbstbelastung und
verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, in: NJW 1981,
1757
- S u e s s, Emil: Die Stellung der Parteien im modernen
Strafprocesse, Wien 1898
- T e m m i n g, Gerd: Der Verteidiger als (modifizierter)
Organ der Rechtspflege, in: StrVert 1982, 539
- T h o m a s, Heinz / P u t z o, Hans: Zivilprozeßordnung,
13. Auflage, München 1985
- T o n d o r f, Günter: Begeht der Strafverteidiger eine
Strafvereitelung und verletzt er seine Standespflich-
ten, wenn er den Mandanten benachrichtigt, nach dem
er von einem geplanten Haft- oder Durchsuchungsbefehl
erfahren hat?, in: StrVert 1983, 257
- U l l e r s, Walter: Der Strafverteidiger, Hamburg 1962
- U l s e n h e i m e r, Klaus: Zur Regelung der Verteidi-
gerausschlusses in §§ 138a - d, 146 n.F. StPO, in:
GA 1975, 103
- V a r g h a, Julius: Die Vertheidigung in Strafsachen, Wien,
1879
- V o g e l, Hans-Jochen: Strafverfahrensrecht und Terroris-
mus - eine Bilanz, in: NJW 1978, 1217
- Sinn und Grenzen anwaltlicher Unabhängigkeit, in:
DRiZ 1975, 179
- V o g l e r, Theo: Zur Frage der Ursächlichkeit der Bei-
hilfe für die Haupttat, in: Festschrift für Ernst Hei-
nitz, Berlin 1972, S. 295
- Die Begünstigungshandlung - Zum Begriff "Hilfe leisten"
im § 257 StGB, in: Festschrift für Eduard Dreher,
Berlin, New York 1977, S. 405
- W a g n e r, Heinz: Der Mißbrauch des Selbstladungsrechts
des Angeklagten - KG, JR 1971, 338, in: JuS 1972, 315
- W a l d h o r n, Georg: Das Verhältnis von Strafverteidi-
gung und Begünstigung, Diss. jur. Würzburg 1967
- W a l d o w s k i, Jürgen: Verteidiger als Helfer des
Staatsanwalts?, in: NStZ 1984, 448

- W a l l e r, Hellmut: Zur gesetzlichen Regelung des Ausschlusses des Verteidigers, in: DRiZ 1974, 177
- W a r b u r g, Justus R.G.: Die anwaltliche Praxis in Strafsachen, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1985
- W a s s m a n n, Hans-Georg: Strafverteidigung und Strafvereitelung, Diss. jur. Hamburg 1982
- W e b e r, Klaus: Der Verteidiger als Vertreter in der Hauptverhandlung, Frankfurt/M 1982
- W e b e r, Ulrich: Der Mißbrauch prozessualer Rechte im Strafverfahren, in: GA 1975, 289
- W e i s s, Alois: "Mißbrauch" von Anwaltsrechten zur "Prozeßsabotage", in: AnwBl 1981, 321
- W e l p, Jürgen: Probleme des Akteneinsichtsrechts, in: Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren, Festgabe für Karl Peters, Heidelberg 1984, S. 309
- Die Rechtsstellung des Strafverteidigers, in: ZStW 1978, 804
 - Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens, in: ZStW 1978, 101
 - Die Geheimsphäre des Verteidigers in ihren strafprozessualen Funktionen, in: Festschrift für Wilhelm Gallas, Berlin 1973, S. 391
- W e l z e l, Hans: Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin 1969
- W e s s e l s, Johannes: Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Auflage, Heidelberg 1985
- Strafrecht Besonderer Teil-1, 10. Auflage, Heidelberg 1986
 - Die Aufklärungsrüge im Strafprozeß, in: JuS 1969, 1
 - Schweigen und Leugnen im Strafverfahren, in: JuS 1966, 169
- Z i p p e l i u s, Reinhold: Das Wesen des Rechts, 4. Auflage, München 1978
- Z ö l l e r, Richard: Zivilprozeßordnung, 14. Auflage, Köln 1984
- Z u c k, Rüdiger: Anwaltsberuf und Bundesverfassungsgericht, in: NJW 1979, 1121

LEBENS LAUF

Persönliche Daten

Name		Andrea Lamberti
geboren am	09.März 1956	in Essen
Eltern		Günter Lamberti, Beamter a.D. Waltraud Lamberti, geb. Giesen
Staatsangehörigkeit		deutsch

Ausbildungsdaten

Schulbildung	1961 - 1966	Volksschule in Essen
	1966 - 1975	Gymnasium in Essen
Studium	1975 - 1981	Westfälische Wilhelms-Universität in Münster
		Fachrichtung: Rechtswissenschaften (11 Semester)
	02.05.1981	Abschluß: erste juristische Staatsprüfung
Referendarzeit	Juni 1981 bis Dezember 1983	Juristischer Vorbereitungsdienst bei dem Oberlandesgericht in Hamm
	20.12.1983	Abschluß: zweite juristische Staatsprüfung

